Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess

Stephan Hoffman,
Friedrich Wulfert,
R. von Sommerlatt

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 4, 1906

Sächsisches Archiv

für

Bürgerliches Recht und Prozeß.

Herausgegeben

von

F. Hoffmann,
Reichsgerichtsrath,

R. v. Sommerlatt, und Dr. F. Wulfert,
Oberlandesgerichtsrath in Dresden Landgerichtsdirector in Dresden.

Siebenter Band.

Leipzig,
Druck und Verlag der Roßberg'schen Hof-Buchhandlung.
1897.

Digitized by Google

Rec. May 4, 1906

Digitized by Google

Abhandlungen.

Die Patentertheilung.*)

Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Wien am 27. Januar 1897.

Von Dr. Schanze in Dresden.

Hochansehnliche Versammlung!

Als die ehrenvolle Aufforderung an mich erging, vor Ihnen ein patentrechtliches Thema zu behandeln, konnte ich über die Wahl desselben nicht lange zweifelhaft sein.

Soviel vom bisherigen Rechte abweichende Vorschriften das neue österreichische Patentgesetz auch enthält, eine Neuerung überragt alle anderen: die Einführung der Vorprüfung. Ich greife deshalb vielleicht nicht fehl in der Annahme, daß Sie der Patentertheilung, wie sie sich künftig nach dem Systeme der Vorprüfung gestalten wird, besonderes Interesse entgegenbringen.

Und was andrerseits könnte mich berechtigen, vor Ihnen das Wort zu ergreifen, wenn ich mich nicht darauf berufen dürfte, daß ich einige Jahre als Abtheilungsvorsitzender des Kaiserlichen Patentamts in Berlin an der Patentertheilung auf Grund vorheriger Prüfung Theil genommen und praktische Erfahrungen gesammelt habe.

Ihr Interesse wie meine Legitimation weisen mich so übereinstimmend auf das Thema:

---

*) Des Näheren ausgeführt und begründet sind die folgenden Darlegungen in den Abhandlungen:

„Erfindung und Entdeckung", Hirth's Annalen des deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 30. Jahrgang; das betreffende Heft erscheint demnächst.

„Was sind neue Erfindungen und Muster?" Glasers Annalen für Gewerbe- und Bauwesen, Bd. 37 S. 188 flg.

„Die offenkundige Vorbenutzung von Erfindungen und Gebrauchsmustern", Archiv für bürgerliches Recht Bd. 11 S. 26 flg.

„Was sind gewerblich verwerthbare Erfindungen?" Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart Bd. 23 S. 81 flg.

„Das Erfinderrecht", Glasers Annalen rc. Bd. 38 S. 13 flg.

„Das patentrechtliche Einspruchsverfahren", ebenda Bd. 34 S. 259. flg.

„Die Entscheidung über die Patentfähigkeit im Patentertheilungsverfahren nach deutschem Gesetze und österreichischem Entwurfe", ebenda Bd. 39 S. 41 flg.

Digitized by Google

Die Patentertheilung nach dem neuen österreichischen Patentgesetze.*)

Es empfiehlt sich indeß, nicht nur das Prüfungs verfahren, sondern auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Patentertheilung in Berücksichtigung zu ziehen; auch insoweit hat sich das neue österreichische Gesetz dem deutschen Rechte in allen wesentlichen Punkten angeschlossen.

Damit zerfällt der Stoff, für dessen Betrachtung ich Ihre Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen möchte, in drei Theile; es handelt sich um die Fragen:

was ist patentfähig?
wer ist schutzberechtigt?
wie gestaltet sich das Verfahren?

I.

An erster Stelle gilt es zu untersuchen: was wird patentirt?

Unter dem Schutze des Gesetzes — heißt es in § 1 — „stehen neue Erfindungen, welche eine gewerbliche Anwendung zulassen".

Das Gesetz sagt: Erfindungen sind patentfähig. Was unter einer Erfindung zu verstehen sei, darüber schweigt das Gesetz und es thut Recht daran, daß es sich einfach mit dem Begriffe begnügt, wie ihn der allgemeine Sprachgebrauch darbietet. Aufgabe der Theorie und Praxis ist es, des Näheren die Merkmale anzugeben, die den Dingen zukommen, welche unter dem Worte Erfindung zusammengefaßt werden.

Haben Wissenschaft und Rechtsprechung diese Aufgabe gelöst? Ich glaube nicht, daß Jemand diese Frage bejahen möchte. Die Begründung der österreichischen Regierungsvorlage führt nicht weniger als 13 Definitionen der Erfindung auf, aber keine von ihnen hat Anerkennung gefunden.

Dieser Zustand ist unerfreulich und darf nicht fortdauern. Im deutschen Reiche wird allein seitens der Anmeldeabtheilungen jährlich 15000 Mal die Frage, ob eine Erfindung vorliege, entschieden. Da lohnt es doch wahrhaftig der Mühe zu wissen, was eine Erfindung ist. Nicht nur in den industriellen Kreisen wird der Mangel einer Definition des Erfindungsbegriffs und die damit verknüpfte Unsicherheit der patentrechtlichen Praxis beklagt. Auch die Juristen fangen an, die Bedeutung des Erfindungsbegriffs und die Nothwendigkeit seiner Feststellung zu betonen. Professor Bekker in Heidelberg erklärt rund heraus: „So lange der Begriff der Erfindung ohne feste Form und Grenze, d. h. in Wirklichkeit kein Begriff ist, wird das Bemühen, ein brauchbares Recht der Erfindungen festzustellen, allzeit vergeblich sein."

An Versuchen hat es, wie die große Zahl der aufgestellten Definitionen beweist, nicht gefehlt. Weshalb haben sie nicht zum Ziele geführt?

Die Fixirung eines Begriffes setzt immer Zweierlei voraus: einmal die

*) Vom 11. Januar 1897; es tritt spätestens am 1. Januar 1900 in Kraft.

Digitized by Google

Klarstellung der begriffsconstituirenden Elemente, sodann die Zusammenfassung derselben in einen geschlossenen Satz. Zunächst muß sachliche Einigung über die Merkmale des Erfindungsbegriffes und ihr Verhältniß zu einander erzielt sein, erst dann läßt sich über den besten sprachlichen Ausdruck des gefundenen Ergebnisses disputiren. Dies ist nicht genügend beherzigt worden. Man hat, ohne näher auf fremde Gedanken einzugehen, in allzurascher Ueberzeugung von der Unanfechtbarkeit der eigenen Meinung flugs eine neue Definition aufgestellt, deren knappe Fassung für Andere terminologische Schwierigkeiten bot und schon deshalb zu sachlichem Mißverständnisse und zur Ablehnung führte.

Ich will versuchen, diesen Fehler zu vermeiden. Ich beabsichtige nicht, zu jenen 13 Definitionen eine 14. hinzuzufügen. Ich will mich vielmehr ausschließlich mit der sachlichen Frage beschäftigen: welche Merkmale, welche Denkelemente pflegt man in der Vorstellung zusammenzufassen, wenn man von Erfindung spricht?

Es handelt sich darum, aus der Menge der individuellen Fälle den abstrakten Typus zu gewinnen. Von dem, was das vielgestaltige Leben, die unmittelbare Anschauung des Einzelfalles darbietet, dürfen nur gewisse Merkmale als wesentlich ins Auge gefaßt, die übrigen müssen als zufällig, als unerheblich hinweggedacht werden. Nur so kann aus der Fülle der Einzelerscheinungen der Gattungsbegriff klar und deutlich hervortreten. Zur Lösung dieser Aufgabe hat natürlich vor Allem die Praxis das Material zu bieten.

Nur Erfindungen werden patentirt, nicht Entdeckungen. Wie unterscheiden sich beide? Zwei Meinungen stehen sich gegenüber. Die Einen sagen: Erfindung und Entdeckung sind ganz verschiedene Dinge; nach der Ansicht Anderer stellt sich dagegen die Erfindung lediglich als eine Unterart der Entdeckung dar. Wer hat Recht? Beide! Es kommt ganz darauf an, ob man Erfindung und Entdeckung auf ihren *Inhalt*, oder auf ihren *Ursprung* hin ins Auge faßt. Inhaltlich ist die Erfindung der Entdeckung untergeordnet; was indeß die Art und Weise der Entstehung anlangt, so sind Erfindung und Entdeckung nebengeordnete Dinge.

Betrachten wir zunächst den *Inhalt*.

Die Entdeckung umfaßt daß ganze Gebiet des Wahrnehmbaren und Erkennbaren. Die Erfindung hat dagegen ein viel beschränkteres Gebiet. Damit eine Erfindung vorliege, muß es sich um Auffindung einer Causalbeziehung handeln. Jede Erfindung zeigt ein Mittel und einen durch dieses Mittel erreichbaren Erfolg. Aber nicht jede Causalbeziehung ist geeignet zum Inhalte einer Erfindung. Es ist erforderlich, daß die *Causalverknüpfung durch menschliche Thätigkeit*, durch menschliche Arbeit herbeigeführt wird; Vorgänge, die auf dem freien Walten der Kräfte der äußeren Natur beruhen, werden entdeckt, nicht erfunden. Die Erfindung ist eine Anweisung zum menschlichen Handeln. Dies gilt nicht blos von den Verfahrenserfindungen, sondern auch von den Erzeugnißerfindungen.

Digitized by Google

Bei den letzteren ist eben die menschliche Thätigkeit nicht durch den Weg, sondern durch das Ziel gekennzeichnet.

Weiter: Die Entdeckung kann etwas Individuelles oder etwas Generelles zum Gegenstande haben. Amerika ist entdeckt worden, aber auch allgemeine Naturgesetze werden entdeckt. Die Erfindung dagegen hat immer generellen Inhalt, sie verlangt eine Maßnahme, deren beliebige Wiederholung möglich ist, sie enthält eine Regel des menschlichen Handelns. Die Erfindung als solche muß streng unterschieden werden von den konkreten Erzeugnissen, von den konkreten Verfahren, die sich bei der Ausführung der Erfindung ergeben.

Durch ihren abstracten Charakter unterscheidet sich die Erfindung auch von den Gegenständen des literarischen und künstlerischen Urheberrechts. Letztere sind durch die Form individualisirt. Schriftwerke, Kunstwerke und Erfindungen sind Geistesgebilde, aber nur die beiden ersteren sind, wie ihr Name besagt, Werke. Eine Erfindung wird schwerlich Jemand als Geisteswerk bezeichnen, denn die Erfindung ist eine Idee und das Werk verlangt eine concrete Gestalt.

Selbstverständlich muß der Inhalt der Erfindung realisirbar, das Mittel muß geeignet sein, den Erfolg herbeizuführen; die Ausführbarkeit gehört zum Wesen der Erfindung.

Ich gehe weiter. Damit eine Erfindung vorliege, muß das Ergebniß des menschlichen Handelns irgend ein menschliches Bedürfniß befriedigen, die Erfindung ist eine Regel des zweckmäßigen Handelns, das Erfindungsergebniß muß Brauchbarkeit aufweisen.

Die Entdeckung „erlöst von intellectueller Unbehaglichkeit", „sie liegt in der Sphäre des reinen, vom Dienste des Willens befreiten Intellects", sie beseitigt „die Unruhe des Warumfragens"; die Entdeckung ist Selbstzweck, sie hat Eigenwerth. Anders bei der Erfindung. Sie ist Mittel zu einem außer ihr liegenden Zweck, sie besitzt Wirkungswerth, sie will ein anderes Bedürfniß befriedigen als die Erkenntniß ihrer selbst. Die Erfindung gehört der Praxis, die Entdeckung der Theorie an; jene dient der Absicht, diese der Einsicht.

„Wissenschaftliche Lehr- oder Grundsätze als solche" sind niemals Erfindungen; es hätte einer diesbezüglichen Erklärung in § 2 Ziffer 2 des österreichischen Gesetzes nicht bedurft.

Aber irgend welche Brauchbarkeit genügt. In welcher Richtung das Bedürfniß liegt, mit welcher Intensität es auftritt, ob seine Befriedigung erlaubt ist — auf alles dies kommt es für den Erfindungsbegriff nicht an. Es giebt insbesondere auch „gesetzwidrige, unsittliche oder gesundheitsschädliche" Erfindungen. Die Gesetzwidrigkeit, die Unsittlichkeit ist kein Hinderniß des Erfindungscharakters, sondern der Patentfähigkeit.

Soviel über die Brauchbarkeit.

Ein anderes Erforderniß der Erfindung ist die Eigenartigkeit. Die Erfindung muß wie die Entdeckung den bereits bekannten Dingen gegenüber etwas

Digitized by Google

Besonderes bieten. Aber nicht alle, irgendwo auf der Erde bekannten Dinge kommen in Betracht, sondern nur diejenigen, welche der jeweiligen Kulturwelt angehören. „Amerika wurde entdeckt für die Europäer, nicht für die Rothhäute, und die frühere Erfindung des Schießpulvers durch die Chinesen hebt die Erfindung durch Berthold Schwarz nicht auf."

Man nennt diese Eigenartigkeit wohl Neuheit. Allein es empfiehlt sich, hier diesen Ausdruck zu vermeiden, weil er vom Gesetze in durchaus anderem Sinne angewendet wird. Ich komme auf diesen Punkt sogleich zurück. Das was unter Eigenartigkeit zu verstehen ist, läßt sich nicht in eine kurze, alle Fälle deckende Formel bringen. Für die Entscheidung, ob gleiche oder verschiedene Maßnahmen vorliegen, existiren keine objectiven Momente, es kommt darauf an, wie man die Dinge anzuschauen gewöhnt und geneigt ist.

Nicht jede eigenartige Regel menschlichen Handelns aber ist eine Erfindung. Nicht alles, was so noch nicht dagewesen, ist eine Erfindung. Die Erfindung enthält — auch hierin stimmt sie mit der Entdeckung überein — eine Ueberraschung, sie bietet etwas Auffälliges, sie bietet eine Kombination, die für den Durchschnittsfachverständigen des betreffenden Gebietes aus dem Gegebenen nicht ohne Weiteres ableitbar ist.

Die Ueberraschung kann liegen in der Stellung der Aufgabe oder in ihrer Lösung und in letzterem Falle wiederum entweder in dem gewählten Mittel oder aber im Erfolge. Es genügt, daß in der einen oder der anderen Richtung eine Ueberraschung gegeben ist. Lassen Sie mich diesen Punkt etwas näher ausführen.

Das Verdienst des Erfinders kann darin liegen, daß er eine Aufgabe, an welche bisher Niemand gedacht, zuerst gestellt hat; in solchem Falle braucht dann die Lösung der Aufgabe weder hinsichtlich des Mittels noch hinsichtlich des Erfolges etwas Besonderes darzubieten. Das Beispiel einer Erfindung, bei welcher das Spezifische in der Stellung der Aufgabe liegt, ist die drehbare Nähmaschinenfußbank, die von der Näherin, ohne daß sie ihren Sitz zu ändern hat, einfach in die Gebrauchslage und wieder in die Ruhelage gebracht werden kann. Das deutsche Reichsgericht hat das für diese Fußbank ertheilte Patent im Nichtigkeitsverfahren aufrechterhalten, weil hier ein Witz darin liege, daß Jemand zuerst auf den Gedanken gekommen sei, die Nähmaschine mit einer solchen drehbaren Fußbank zu versehen.

Häufiger ist die Ueberraschung nicht mit der Stellung, sondern mit der Lösung der Aufgabe verknüpft.

Hier kann einmal das Mittel, durch welches der Erfolg herbeigeführt wird, überraschend sein. Man spricht dann von Erfindung im Gegensatz zur bloßen Construktion. Die Erfindung darf, was das gewählte Mittel anlangt, nicht innerhalb der handwerksmäßigen Gepflogenheiten eines jeden Fachmanns liegen, sie muß qualitativ über das Uebliche, das Geläufige hervorragen.

Die Lösung einer Aufgabe kann endlich nicht blos um des Mittels, sondern

Digitized by Google

auch um des Erfolges willen eine Ueberraschung darbieten. Hierher gehören vor Allem die chemischen Analogieverfahren. Es kommt nicht selten vor, daß die Anwendung eines Verfahrens, welches bei Bearbeitung einer bestimmten Gattung von Stoffen, den sogen. isomeren oder homologen Stoffen', üblich ist, in einem Spezialfalle nicht zu dem gattungsmäßigen, sondern zu einem ganz unerwarteten Ergebnisse führt. Ist ein Verfahren zur Gewinnung eines Riechstoffes z. B. von künstlichen Moschus bekannt und bildet Jemand diesem Verfahren, was Ausgangsmaterial und Manipulation anlangt, ein ähnliches Verfahren nach, das gleichfalls ein mehr oder minder gutes Moschusprodukt giebt, so ist natürlich eine Erfindung nicht vorhanden. Allein es kommt vor, daß das Ergebniß eines solchen analogen Verfahrens ganz unverhoffter Weise andre Brauchbarkeiten aufweist, daß z. B. das Verfahren nicht zu dem vorausgesetzten Riechstoffe, sondern zu einem anders gearteten, nicht zum Moschus, sondern zum Rosenriechstoffe führt, ja vielleicht sogar neben oder anstatt des Riechstoffes einen werthvollen Farbstoff oder ein ausgezeichnetes Arzeimittel darbietet. Dann ist um dieses überraschenden Erfolges willen eine Erfindung gegeben.

In dem Merkmale der Ueberraschung stimmt die Erfindung mit der Entdeckung überein. Während aber bei der Entdeckung die Ueberraschung eine unerfreuliche, eine unerwünschte sein kann, muß die Ueberraschung bei der Erfindung immer in der Richtung des Willkommenen, des Fortschrittes liegen. Daß in irgend einer Beziehung ein Vortheil gegeben sei, ist für den Erfindungsbegriff wesentlich. Ich sage: in irgend einer Beziehung. Denn dem Fortschritte können sehr wohl in anderer Hinsicht Mängel gegenüber stehen; dies thut dem Erfindungsbegriffe keinen Eintrag. Es bedarf deshalb für die Annahme einer Erfindung keiner Feststellung, daß summa summarum die Mängel durch die Vorzüge überwogen werden, daß die Ausführung, die Benutzung der Erfindung sich zu einer gewinnbringenden, werthvollen gestalten wird. Aber fehlt es in aller und jeder Beziehung an einem Fortschritte, so ist das Vorhandensein einer Erfindung zu verneinen.

Wenn es in § 55 Abs. 5 des neuen Gesetzes heißt, in den vom Präsidenten des Patentamtes für die Handhabung der Vorprüfung zu erlassenden Vorschriften sei hervorzuheben, daß „der Werth der angemeldeten Erfindung keiner wie immer gearteten Beurtheilung zu unterziehen" sei, so darf dies nicht mißverstanden werden. Die Feststellung, daß eine Erfindung vorliegt, enthält immer ein Werthurtheil, die Annahme der Brauchbarkeit, des überraschenden Fortschrittes beruht nothwendig auf einer Werthschätzung. Das will auch die angezogene Bestimmung in § 55 nicht in Abrede stellen; sie besagt nur soviel, daß wenn einmal eine Erfindung vorliegt, keine weitere Untersuchung über den Werth oder Unwerth dieser Erfindung angestellt werden soll; jede Erfindung, nicht blos die werthvolle Erfindung ist patentfähig.

Damit dürften die Merkmale, welche die Erfindung ihrem Inhalte nach

kennzeichnen, erschöpft sein. Die Erfindung ist eine Regel menschlichen Handelns, sie verlangt

Ausführbarkeit,
Brauchbarkeit,
Eigenartigkeit und
einen überraschenden Fortschritt.

Allein die Erfindung wird, insbesondere auch der Entdeckung gegenüber, nicht blos durch ihren Inhalt, sondern auch durch ihre Entstehung charakterisirt. Erfindung wie Entdeckung sind Ergebnisse geistiger Thätigkeit; aber die Entdeckung ist receptiven, die Erfindung produktiven Ursprungs. Entdeckt wird das bereits Vorhandene, lediglich Verborgene; erfunden wird das noch nicht Vorhandene. Entdecken ist Enthüllen, Erfinden ist Erzeugen.

Mit Rücksicht auf diese verschiedene Natur ihres Ursprungs, ihrer Entstehung sind Erfindung und Entdeckung nebengeordnete Dinge.

Man hat einen Unterschied zwischen Erfinden und Entdecken darin erblicken wollen, daß das Erfinden anders wie das Entdecken immer eine planmäßige, eine zielbewußte Thätigkeit sei. Diese Ansicht läßt sich nicht halten. Es giebt nicht nur zufällige Entdeckungen, sondern auch zufällige Erfindungen. Ich darf in dieser Beziehung hinweisen auf die vorzügliche Rede, mit welcher Professor Mach die Professur für Philosophie an der Universität Wien am 21. Oktober 1895 übernommen hat, die Rede, „über den Einfluß zufälliger Umstände auf die Entwickelung von Erfindungen und Entdeckungen."

Ist die Erfindung ihrem Inhalte nach etwas Generelles, etwas Abstraktes, so ist sie doch andererseits ihrer Entstehung nach immer durch die Person des Urhebers, durch Ort und Zeit, durch die begleitenden Umstände konkretisirt. Dies bedarf besonderer Hervorhebung. Daß die konkrete Entstehungsweise der Erfindungen bisher zu wenig beachtet worden ist, bildet den Hauptgrund für die Unklarheit, die hinsichtlich des Wesens der „Neuheit", wie wir sogleich sehen werden, noch heute herrscht.

Soviel über die Erfindung.

Einzelne Merkmale, so die Brauchbarkeit, die Ueberraschung, der Fortschritt besitzen komparativen Charakter. Auch die Feststellung der Eigenartigkeit, läßt sich, wie bereits betont wurde, an keine strikte, durchgreifende Regel binden. Insofern wird der Erfindungsbegriff seinem Wesen nach immer ein relativer sein. Allein diese Eigenschaft der Relativität, die vielen Begriffen anhaftet, darf nicht dahin führen, die Analyse des Erfindungsbegriffes überhaupt für werthlos zu halten.

Manche Klage der Industriellen über das Patentamt und umgekehrt wird vermieden, wenn beide Theile sich hinsichtlich ihrer Anträge und Einwendungen recht verstehen, wenn genau der Punkt dargelegt wird, der gemeint ist. Wird eine Anmeldung bemängelt mit der allgemeinen Begründung, daß ihr Gegenstand keine patentfähige Erfindung sei, so steht der Anmelder rathlos da, er weiß nicht

recht, wo er mit seiner Widerlegung einsetzen soll. Wird ihm dagegen eröffnet, daß die Ausführbarkeit oder die Eigenartigkeit ermangele, oder daß weder die Stellung der Aufgabe noch auch ihre Lösung einen überraschenden Fortschritt darbiete, so weiß er, auf welchen Punkt es ankommt. Die Patentanmeldungen wie die Entscheidungen des Patentamtes fallen sorgfältiger, gründlicher, übereinstimmender aus, wenn bei der Prüfung, ob eine Erfindung vorliege, nicht einem vagen Allgemeingefühl Folge geleistet, sondern jedem der Einzelmerkmale des Erfindungsbegriffes die erforderliche Aufmerksamkeit zugewendet wird.

Lassen Sie mich weiter gehen. Das, was über das patentfähige Objekt zu sagen, ist noch nicht erschöpft.

Die Erfindung wird nicht schlechthin patentirt, sie wird nur patentirt, wenn sie zur Zeit der Patentanmeldung noch neu ist. Neu aber ist eine Erfindung, wie das Gesetz sagt, wenn sie noch nicht durch Beschreibung in öffentlichen Druckschriften des In- und Auslandes oder durch offenkundige Benutzung, Schaustellung oder Vorführung im Inlande so kundgegeben worden ist, daß danach die Benutzung durch Sachverständige möglich erscheint.

Diese Neuheit hat nicht das Geringste zu schaffen mit der Eigenartigkeit der Erfindung, von der ich vorhin sprach. Nur die Neuheit wird vom Gesetzgeber in der angegebenen Weise definirt; die Eigenartigkeit bildet ein Element des vom Gesetzgeber undefinirt gelassenen Erfindungsbegriffes. Wir sahen, daß Eigenartigkeit dann vorliegt, wenn ein Gegenstand von den in der jeweiligen Kulturwelt bereits bekannten Dingen abweicht.

Ein praktisch gewordener, aber durchaus typischer Fall möge den Unterschied zwischen Eigenartigkeit und Neuheit veranschaulichen.

Das unter dem Namen Ariston bekannte mechanische Musikwerk war im deutschen Reiche patentirt worden. Gegen dieses Patent wurde Nichtigkeitsklage erhoben mit der Behauptung, das Ariston sei nicht mehr „neu“. Denn im Grünen Gewölbe, der Königlichen Kunstkammer, zu Dresden, befinde sich ein zu Jedermanns Besichtigung ausgestelltes Kunstwerk, der sogen. Thurm zu Babel aus dem Jahre 1602; dieses Kunstwerk enthalte in seinem Innern ein mechanisches Musikwerk von gleicher Beschaffenheit wie das patentirte Ariston.

Aus Anlaß dieses Processes wurde mit vielem Eifer darüber gestritten, ob man sagen könne, der sogen. Thurm zu Babel sei durch offenkundige Benutzung bekannt geworden. Eine solche Fragstellung war verkehrt. Zog man die Neuheit des Ariston in Zweifel, so galt es festzustellen, nicht daß der Thurm zu Babel, sondern daß das Ariston vor der Patentanmeldung bereits offenkundig benutzt worden sei. Wolle man dagegen die Eigenartigkeit des Ariston, also seinen Erfindungscharakter bestreiten — darauf ging thatsächlich die Nichtigkeitsklage aus —, so bedurfte es des Nachweises, daß der Thurm zu Babel nicht gerade durch offenkundige Benutzung, sondern irgendwie allgemein bekannt geworden sei.

Diese falsche Behandlung wäre vermieden worden, wenn man fest daran gehalten hätte, daß jede Erfindung neben ihrem abstracten Inhalt einen konkreten Ursprung aufweist. Bei der Neuheit handelt es sich nicht um die Frage, ob der abstracte Erfindungsinhalt früher bereits einmal offen in die Erscheinung getreten ist, sondern ob die durch ihre Entstehung konkretisirte Erfindung bereits vor der Patentanmeldung in die Oeffentlichkeit gedrungen ist.

Im Anschluß an das mitgetheilte Beispiel lassen sich die Unterschiede zwischen Neuheit und Eigenartigkeit dahin zusammenfassen.

Die Eigenartigkeit ist eine der Erfindung immanente Eigenschaft, die Neuheit ist ein accessorisches Merkmal. Keine Erfindung ohne Eigenartigkeit; dagegen giebt es sehr wohl nicht mehr neue Erfindungen.

Bei der Eigenartigkeit handelt es sich um abweichende Qualität der durch ihre Entstehung konkretisirten Erfindung gegenüber anderen bekannten Dingen. Die Neuheit verlangt, daß die durch ihre Entstehung konkretisirte Erfindung selbst nicht anderen Personen bekannt geworden ist, als denen, die bei der Entstehung und bisherigen Benutzung der Erfindung betheiligt oder unter Auferlegung der Schweigpflicht zugelassen waren.

Die Eigenartigkeit mangelt, gleichviel auf welche Weise die anderen Dinge von gleicher Beschaffenheit bekannt geworden sind. Die Neuheit wird dagegen nur beseitigt, wenn die Bekanntgabe der Erfindung gerade durch veröffentlichte Druckschrift oder durch offenkundige Benutzung 2c. herbeigeführt ist.

Bei der Eigenartigkeit fragt es sich, ob die anderen Dinge von gleicher Beschaffenheit in unserer Culturwelt bekannt geworden sind. Bei der Neuheit kommen Druckschriften des In- und Auslandes, Benutzungen aber lediglich im Inlande in Betracht.

Endlich fehlt die Eigenartigkeit nur, wenn die anderen gleichen Dinge wirklich bekannt geworden sind. Zum Mangel der Neuheit genügt dagegen, wenn die Möglichkeit vorliegt, daß die Erfindung bekannt geworden ist.

Trotz dieser vielen und tiefgreifenden Unterschiede sind Eigenartigkeit und Neuheit der Erfindung bisher ganz allgemein in Theorie und Praxis für identische Eigenschaften gehalten worden. Ich stehe mit meiner Ansicht zur Zeit noch völlig allein.

Dies möge über die Neuheit genügen.

Neben der Erfindung und der Neuheit verlangt aber die Patentfähigkeit schließlich noch ein Drittes. Nicht jede neue Erfindung wird patentirt, die Erfindung muß noch eine anderweite Eigenschaft aufweisen, eine Eigenschaft, welche das deutsche Gesetz gewerbliche Verwerthbarkeit, das österreichische Gesetz gewerbliche Anwendbarkeit nennt.

Auch hier liegt die Gefahr einer Verwechselung nahe, eine Gefahr, der selbst das deutsche Reichsgericht nicht entgangen ist.

Die gewerbliche Verwerthbarkeit wird verwechselt mit der gewerblichen Brauchbarkeit. Und das geht so zu. Zahlreiche Erfindungen befriedigen gewerbliche Bedürfnisse, besitzen gewerbliche Brauchbarkeit. Denken Sie an die Maschinen für industrielle Zwecke, an die Verfahren, welche Halbfabrikate und Hülfsstoffe für die gewerbliche Production herstellen. Die nicht zu leugnende Häufigkeit dieses gewerblichen Charakters wird nun unter der Hand in eine Nothwendigkeit verwandelt, ein accidentale oder höchstens naturale wird zum essentiale erhoben. Das ist unrichtig. Es giebt eine Menge Erfindungen, deren Brauchbarkeit durchaus keinen gewerblichen Charakter besitzt.

Was heißt gewerblich? Sieht man von den rein positiv rechtlichen Begriffen des Gewerbes ab, wie sie für Gewerbeordnungen, Gewerbesteuergesetze und gewerbestatistische Aufnahmen fixirt werden, so bedeutet Gewerbe zweierlei:

entweder jede Thätigkeit, die in der vorausgefaßten Absicht künftiger Wiederholung um des Erwerbes willen vorgenommen wird,

oder aber diejenige Thätigkeit, die in der Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen besteht.

Es existiren nun viele Erfindungen, deren Brauchbarkeit weder in dem einen noch in dem anderen Sinne eine gewerbliche ist. Es gehören hierher alle Erfindungen, welche unmittelbar die Befriedigung persönlicher und häuslicher Bedürfnisse der Menschen bezwecken. Die Brauchbarkeit, die ein Sicherheitsschloß, eine Messerputzmaschine, eine Taschenuhr, ein Filzhut besitzt, kann man doch nicht in dem einen oder in dem anderen Sinne eine gewerbliche nennen.

Die Sache liegt anders. Die gewerbliche Verwerthbarkeit hat es nicht mit dem Zwecke der Erfindung zu thun, sondern mit der Modalität ihrer Ausführung.

Wir sahen, daß jede Erfindung nothwendig menschliches Handeln begreift. Es giebt nun Erfindungen, deren Ausführung lediglich Entfaltung menschlicher Geistes- oder Körperkräfte verlangt. In ersterer Hinsicht führe ich als Beispiele an: Methoden des Rechnens, der Mnemotechnik, des Unterrichts; auf Bethätigung menschlicher Körperkräfte beruhen dagegen z. B. die Kunst des Schwimmens, gymnastische Behandlungsweisen und andere Heilmethoden.

Weitaus die meisten Erfindungen setzen indeß ein Zusammenwirken von Menschenkräften und Kräften der äußeren Natur voraus. Bei Erfindungen dieser Art kann dann die menschliche Thätigkeit vor Allem auch in der Be- und Verarbeitung der Rohstoffe bestehen. Nur in diesem Falle spricht man von gewerblich verwerthbaren Erfindungen. Gewerblich verwerthbare Erfindungen sind solche, deren Ausführung sich als Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen darstellt, ganz gleichgültig, welchem Bedürfnisse das auf diese Weise gewonnene Erfindungsergebniß dient. Lediglich die in solchem Sinne gewerblich verwerthbaren Erfindungen sind patentfähig.

Also ein neues Verfahren der Arbeitstheilung, der Buchführung wird nicht

patentirt, auch wenn es eine für den Gewerbebetrieb hochbedeutsame Erfindung ist, weil die Benutzung dieser Erfindung nicht Bearbeitung oder Verarbeitung von Rohstoffen ist.

Andererseits werden Vorrichtungen, deren Herstellung in solcher Bearbeitung oder Verarbeitung besteht, des Patentschutzes auch dann theilhaftig, wenn sie Zwecken der Land- oder Forstwirthschaft, des Verkehrswesens, der Heilkunst 2c. dienen, wenn sie für diese Gebiete Brauchbarkeit besitzen.

Nicht der Gebrauchszweck, sondern die Ausführungsmodalität der Erfindung ist eben für die gewerbliche Verwerthbarkeit maßgebend.

Das österreichische Gesetz steht in dieser Auffassung der gewerblichen Verwerthbarkeit auf meiner Seite. Um irrthümlicher Verwechselung vorzubeugen, hat es das Wort „Verwerthung“ vermieden und dafür den Ausdruck „Anwendung“ gewählt. Patentirt werden nach § 1 neue Erfindungen, „welche eine gewerbliche Anwendung zulassen“.

Soviel über das Objekt des Patentschutzes.

II.

Ich gehe über zum Subjekte des Patentrechtes.

Wem wird das Patent ertheilt, wer hat einen Anspruch auf die Gewährung des Patentes?

Manche Patentrechte, so z. B. das schweizerische, auch das englische und das nordamerikanische beantworten die aufgeworfene Frage schlechthin zu Gunsten des Erfinders in dem Sinne, daß nur dem Erfinder und seinem Rechtsnachfolger das Patent zu Theil werden soll. Also die Urheberschaft ist, wie bei dem literarischen und künstlerischen Autorrechte, die ausschließliche Grundlage des Rechtes auf Patentschutz.

Dieses Princip erfährt in seinem materiellrechtlichen Bestande natürlich keine Beeinträchtigung durch die Beweisvorschrift, daß der Anmelder bis zum Beweise des Gegentheils als der Erfinder anzusehen ist. Eine solche Beweisvorschrift enthält z. B. das schweizerische Gesetz.

Andere Patentgesetze stehen dagegen auf dem Standpunkte, daß das Patent dem ersten Anmelder zu ertheilen sei, und zwar auch wenn zu Tage liegt, daß er nicht der Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger ist; es wird auf die Urheberschaft überhaupt bei der Patentertheilung keine Rücksicht genommen, der Mangel der Urheberschaft auf Seiten des Patentinhabers bildet auch keinen Nichtigkeitsgrund. Nur auf civil- und strafgerichtlichem Wege kann der durch die Patentnahme seitens eines Unbefugten verletzte Erfinder, seine Rechte geltend machen. Von diesem Prinzip wird das österreichische Privilegiengesetz vom 15. August 1852 beherrscht: der Anmelder soll durch das Patent belohnt werden, weil er die Erfindung der Allgemeinheit überliefert.

Eine Mittelstellung nimmt das deutsche Patentgesetz ein, es stimmt weder

mit dem schweizerischen noch mit dem bisherigen österreichischen Rechte überein. Das deutsche Recht beruht auf folgenden Erwägungen.

Erfindungen sollen nicht blos um des Erfinders willen, sondern zugleich zu Nutz' und Frommen der Gesammtheit geschützt werden. Der Patentschutz ist das Aequivalent dafür, daß zum Vortheile der Industrie die Erfindung alsbald behufs Ermöglichung weiterer Fortschritte der allgemeinen Kenntniß offenbart und nach Ablauf der Schutzfrist der allgemeinen Benutzung überlassen wird. Ein doppeltes wird durch den Patentschutz belohnt: einmal die erfinderische Thätigkeit, zum Anderen die in der Patentanmeldung liegende Preisgabe der Erfindung.

Dieses zweifache Verdienst ist aber nicht immer in der Person des Erfinders vereinigt; es kommt vor, daß der Erfinder die Erfindung geheim hält, daß dagegen ein Anderer die Erfindung zum Patent anmeldet. Hier fallen beide Verdienste, was die Subjekte anlangt, auseinander. Der Eine hat erfunden, will aber die Erfindung der Allgemeinheit vorenthalten; der Andere hat nicht erfunden, besitzt lediglich die Kenntniß der Erfindung, bewirkt aber, daß die Erfindung Gemeingut zunächst des Wissens, später auch des Handelns wird.

Welche von beiden Personen hat das größere Verdienst? Zweifellos der Erfinder! Allein wenn das Verdienst des Erfinders auch das größere ist, so ist es doch nicht das ausschließliche. In erster Linie muß wohl der Erfinder berücksichtigt werden, aber es liegt doch kein Grund vor, den bloßen Anmelder, falls der besser berechtigte Erfinder nichts dagegen hat, leer ausgehen zu lassen.

Wie ist dieser Gedanke zur juristischen Ausprägung gelangt? In folgender Weise.

Das deutsche Gesetz gewährt den Anspruch auf Patentertheilung jedem bloßen Anmelder, materiellrechtlich ausgedrückt, jedem bloßen Erfindungsbesitzer, und zwar entscheidet die Priorität der Anmeldung. Allein das Gesetz räumt zugleich dem Erfinder die Befugniß ein, sein besseres Recht geltend zu machen. Nur wenn dies nicht geschieht, kann der bloße Erfindungsbesitzer das Patent bekommen und behalten. Erhebt der Erfinder Einspruch gegen die Patentertheilung, so wird der bloße Erfindungsbesitzer mit seiner Anmeldung abgewiesen. Der Erfinder kann alsdann entweder die Erfindung ohne Patentschutz benutzen, er kann aber auch seinerseits um ein Patent nachsuchen, auf Antrag wird ihm die Priorität des abgewiesenen Erfindungsbesitzers zu Theil. Die Befugniß des Erfinders geht jedoch noch weiter. Ist dem bloßen Erfindungsbesitzer das Patent bereits ertheilt, so kann der Erfinder die Vernichtung desselben durch das Patentamt verlangen, wenn er nicht vorzieht, sich dasselbe im Rechtswege übertragen zu lassen.

Ganz das gleiche Einspruchsrecht und Recht auf Vernichtung oder Uebertragung steht aber nicht nur dem Erfinder zu, sondern jedem Erfindungsbesitzer gegenüber dem, der sich unbefugt den Erfindungsbesitz von ihm angeeignet hat.

Diese Vermittelung zwischen den Interessen des Erfinders und der bloßen Erfindungsbesitzer entspricht in ausgezeichneter Weise dem praktischen Bedürfnisse.

Sie hat ein Vorbild und Analogon in dem zivilrechtlichen Verhältnisse, welches zwischen Eigenthum, fehlerfreiem Besitze und fehlerhaftem Besitze obwaltet. Wie übrigens der zivilrechtliche Besitzesschutz auch dem Eigenthümer zu Gute kommt und ihm die probatio diabolica erspart, so hat auch der Erfinder Gewinn davon, daß das Patent dem ersten Anmelder ertheilt wird; denn regelmäßig ist er selbst doch der erste Anmelder und er braucht sich dann nicht dem oft schwierigen, jedenfalls umständlichen Beweise seiner Urheberschaft zu unterziehen.

So das deutsche Gesetz. Wie hat das neue österreichische Gesetz diesen Punkt geregelt?

Der Regierungsentwurf steht ganz auf deutschrechtlicher Grundlage. Das Patent wird jedem Erfindungsbesitzer ertheilt, das Recht des Erfindungsbesitzers muß aber dem besseren Rechte des verletzten Erfindungsbesitzers oder Erfinders weichen, falls dieses bessere Recht geltend gemacht wird. Darin, daß das österreichische Gesetz den besser Berechtigten zur Erlangung des einem Anderen ertheilten Patentes nicht, wie das deutsche Gesetz, auf dem Rechtsweg und die Vorschriften des allgemeinen Civilrechts verweist, sondern ihm eine patentrechtliche, vor dem Patentamt durchzuführende Aberkennungs- und Zuerkennungsklage einräumt, liegt lediglich eine weitere Ausbildung des Gedankens, daß einerseits nicht nur dem Erfinder, sondern auch dem bloßen Erfindungsbesitzer ein Anspruch auf das Patent zustehen, daß andererseits jedoch das Recht des Erfinders, wenn es geltend gemacht wird, den Vorzug haben soll.

Merkwürdiger Weise heißt es nun aber in der Begründung des Regierungsentwurfes: Den Rechtsgrund des Patentschutzes bilde die Leistung des Erfinders; der Entwurf stehe deshalb auf dem natürlichen und folgerichtigen Standpunkte, daß das Patent dem Urheber der Erfindung gebühre. Da jedoch die Feststellung der Urheberschaft mit Beweisschwierigkeiten verknüpft sei, werde bis zum Beweise des Gegentheils jeder Anmelder als Urheber angesehen. Und in dem Gesetz-Entwurfe des Privilegienausschusses, wie er im Abgeordnetenhause und im Herrenhause angenommen worden ist, hat dann auch ausschließlich das Fundament der Urheberschaft, unter gleichzeitiger Statuirung einer für sie sprechenden praesumtio juris, formelle Anerkennung gefunden. An Stelle der Vorschrift in § 4 der Regierungsvorlage: „Auf die Ertheilung des Patentes hat derjenige Anspruch, welcher die Erfindung zuerst nach Maßgabe dieses Gesetzes angemeldet hat“ — ist die andere Bestimmung getreten: „Auf die Ertheilung des Patentes hat nur der Urheber einer Erfindung oder dessen Rechtsnachfolger Anspruch. Bis zum Beweise des Gegentheils wird der erste Anmelder als Urheber der Erfindung angesehen.“

Man könnte hiernach geneigt sein, anzunehmen, daß das neue österreichische Gesetz in seiner schließlichen Gestalt das deutschrechtliche Vorbild aufgegeben und dafür das schweizerische System adoptirt habe, daß dem bloßen Erfindungsbesitzer keine materiellrechtliche, sondern lediglich eine beweisrechtliche Position habe eingeräumt werden sollen. Der praktische Unterschied liegt in Folgendem.

In dem letzteren Falle müßte dem bloßen Erfindungsbesitzer das Patent versagt werden, sobald nur irgend wie außer Zweifel steht, daß er nicht der Erfinder oder dessen Rechtsnachfolger ist. Es wäre also z. B. von Amtswegen eine Anmeldung zurückzuweisen, wenn aus der Anmeldung selbst sich ergiebt, daß der Patentsucher weder Erfinder noch dessen Rechtsnachfolger ist; eines Einspruches seitens des Erfinders würde es in solchem Falle nicht erst bedürfen. Nach der materiellrechtlichen Gestaltung dagegen wird die Anmeldung des bloßen Erfindungsbesitzers erst zurückgewiesen, wenn der Erfinder im Wege des Einspruches sein besseres Gegenrecht geltend gemacht hat.

Trotz des entgegenstehenden Wortlautes des mitgetheilten § 4, in dem die Urheberschaft als alleiniges Fundament der Patentberechtigung hingestellt wird, bin ich der Meinung, daß das neue österreichische Gesetz auch dem bloßen Erfindungsbesitzer neben dem Erfinder ein Recht auf das Patent eingeräumt hat, ganz nach dem Vorbilde des deutschen Gesetzes. Denn nach § 5 des österreichischen Gesetzes soll dem Anmelder der Anspruch auf die Patentertheilung nur dann versagt sein, wenn er nicht Urheber der angemeldeten Erfindung und wenn überdies vom Urheber Einspruch erhoben worden ist.

Ein gewisser Widerspruch zwischen den beiden Vorschriften in § 4 und in § 5 wird sich nicht in Abrede stellen lassen. Ich meine aber, die materiellrechtliche Position, welche in § 5 dem bloßen Erfindungsbesitzer eingeräumt wird in dem Sinne, daß sein Recht nur durch ein besseres Gegenrecht entkräftet werden kann, wiegt schwerer als das in § 4 ausgesprochene allgemeine Prinzip der Urheberschaft, nach welchem dem Anmelder lediglich eine Beweisvergünstigung zu Theil wird.

Selbstverständlich läßt sich für die Entscheidung des hier auftauchenden Zweifels kein Argument zu Gunsten des ausschließlichen Fundaments der Urheberschaft aus der Beseitigung des Anmeldesystems entnehmen. Der Gegensatz von Anmeldung und Prüfung bezieht sich lediglich auf die Beweisfrage, nicht auf die Rechtsfrage, und weiter lediglich auf den patentfähigen Gegenstand, nicht auf die patentberechtigte Person.

Damit dürfte das erschöpft sein, was sich in Kürze über die materiellen Voraussetzungen der Patentertheilung in objektiver und subjektiver Hinsicht sagen läßt.

III.

Ein dritter Punkt bleibt noch zu erledigen: das Verfahren.

Die Prüfung und Patentirung der Erfindungen liegt den Anmeldeabtheilungen des Patentamtes ob, in Besetzung von drei ständigen Mitgliedern, unter denen zwei fachtechnische sein müssen.

Das Verfahren wird eingeleitet durch die Anmeldung d. h. durch den Antrag auf Patentertheilung. Die Anmeldung muß schriftlich erfolgen; es müssen ihr beigefügt sein 10 Gulden Anmeldegebühr und eine so klare und vollständige

Beschreibung der Erfindung, wenn nöthig auch Zeichnung, daß danach die Benutzung der Erfindung durch andere Sachverständige möglich ist. Am Schlusse der Beschreibung ist der Gegenstand der Erfindung nach seinen wesentlichen Merkmalen in Form einer begrifflichen Definition zu fixiren d. i. der sogen. Patentanspruch, das, was als Gegenstand des Patentes beansprucht wird.

Anmeldung, Gebühr, Beschreibung, Anspruch bilden die formellen Voraussetzungen der Patentertheilung.

Die Anmeldung wird nicht sogleich der Anmeldeabtheilung selbst, sondern zunächst nur einem Mitglied derselben, dem Vorprüfer unterbreitet. Derselbe hat keine decisive Befugniß, sondern lediglich die Aufgabe, den Anmelder auf etwaige Umstände und Bedenken hinzuweisen, damit die Sache thunlichst geklärt und spruchreif vor die Abtheilung gelangt. Erachtet die Anmeldeabtheilung die Anmeldung für gehörig erfolgt und die Patentfähigkeit nicht für ausgeschlossen, so verfügt sie das öffentliche Aufgebot der Anmeldung, die Industriekreise werden zur Mitarbeit bei der Prüfung der Patentvoraussetzungen aufgefordert. Innerhalb zweier Monate kann dann gegen die Ertheilung des Patentes Einspruch erhoben werden, sowohl wegen mangelnder Patentfähigkeit als auch wegen besserer Berechtigung des Einsprechenden. Nach Ablauf der Einspruchsfrist faßt die Abtheilung Entschließung über die Ertheilung des Patentes. Gegen diesen Beschluß kann der Patentsucher wie der Einsprecher innerhalb 30 Tage Beschwerde einlegen. Dann entscheidet anderweit die Beschwerdeabtheilung, welche aus fünf Mitgliedern, zwei rechtskundigen und drei fachtechnischen besteht. An der Beschlußfassung über die Beschwerde darf kein Mitglied Theil nehmen, welches bei dem angefochtenen Beschlusse mitgewirkt hat.

Vorprüfer, Anmeldeabtheilung und Beschwerdeabtheilung können Sachverständige zuziehen. Mitglieder, welche im Einzelfalle als befangen anzusehen sind, schließt das Gesetz im Anschluß an die Inhabilitätsgründe der Civilprozeßordnung von der Mitwirkung aus.

Ist die Ertheilung des Patentes endgiltig beschlossen, so verfügt das Patentamt die Eintragung der geschützten Erfindung in das Patentregister, die Kundmachung der Ertheilung im Patentblatte, die Ausfertigung der Patenturkunde für den Patentinhaber, sowie die Drucklegung und Veröffentlichung der Patentbeschreibung.

So der äußere Verlauf des Prüfungsverfahrens.

Auch hier stimmen österreichisches und deutsches Recht in allen wesentlichen Punkten überein. Nur in zweifacher Richtung weist das österreichische Recht Abänderungen und zwar Verbesserungen auf. Während nach dem deutschen Gesetze die Anmeldung als zurückgenommen gilt, wenn sich der Patentsucher auf den Vorbescheid des Vorprüfers nicht innerhalb der gesetzten Frist erklärt, tritt nach österreichischem Recht diese Rücknahmefiction, die nothwendig den Prioritätsverlust im Gefolge hat, nicht ein, die Anmeldung kann vielmehr auch in solchem Falle nur

durch Beschluß der Anmeldeabtheilung erledigt werden. Das österreichische Recht schließt ferner den Vorprüfer von der Theilnahme an der Beschlußfassung der Anmeldeabtheilung nicht aus, das ist ein weiterer Unterschied dem deutschen Rechte gegenüber; nach diesem darf der Vorprüfer nur an der Berathung, nicht aber der Beschlußfassung Theil nehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich von der Besorgniß leiten lassen, daß der Vorprüfer, wenn er einen Vorbescheid erlassen hat, gegen die Anmeldung voreingenommen sei. Diese Besorgniß hat sich in der Praxis als ungerechtfertigt erwiesen.

Gestatten Sie mir, noch etwas näher auf die Feststellung der Patentfähigkeit einzugehen. Und zwar möchte ich zwei Dinge ins Auge fassen: einmal die Beweislast, zum Anderen den Grad der Genauigkeit und Sorgfalt, mit der die Prüfung vorzunehmen ist.

Man spricht bekanntlich von materieller und formeller Beweislast. Sagt man, Jemanden treffe die formelle Beweislast, so heißt das: nur die von ihm geltend gemachten und unter Beweis gestellten Thatsachen darf die entscheidende Behörde berücksichtigen. Diese formelle Beweislast lasse ich außer Betracht. Ich möchte Ihre Aufmerksamkeit lediglich auf die materielle Beweislast hinlenken d. h. auf die Frage: wem gereicht es zum Nachtheile, wenn das Ergebniß der behördlichen Prüfung ein non liquet ist. Diese Frage wird für jedes Prüfungsverfahren, auch für das Patentertheilungsverfahren praktisch. Denn den drei Möglichkeiten, daß das Patentamt

zu einer positiven Ueberzeugung,
zu einer negativen Ueberzeugung,
zu einem non liquet

gelangt, stehen nur zwei Entscheidungsfüglichkeiten gegenüber, das Patentamt muß entweder das Patent ertheilen oder es versagen, tertium non datur. Soll also das non liquet zur Patentertheilung oder zur Patentversagung führen? — das ist der Punkt, auf den es ankommt.

Das österreichische Gesetz bestimmt in dieser Hinsicht in Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte: die Anmeldung ist nur zurückzuweisen, wenn sich ergiebt, daß eine patentfähige Erfindung nicht vorliegt Also die Versagung des Patentes setzt voraus, daß das Patentamt von der Patentunfähigkeit überzeugt ist. Zur Patentertheilung kommt es nicht nur dann, wenn die Patentfähigkeit dargethan ist, sondern auch dann, wenn sie zweifelhaft bleibt. Mit anderen Worten: die materielle Beweislast trifft das Patentamt.

Diese Normirung der Beweislast wird durch die Natur des Beweisthemas geboten, insbesondere durch die dem Erfindungsbegriffe innewohnenden Merkmale der Eigenartigkeit, der Ueberraschung, des Fortschrittes, aber auch durch das Erforderniß der Neuheit. Alle diese Eigenschaften lassen sich viel leichter widerlegen, als beweisen. Der Reichsgerichtsrath Dr. Bolze, einer der feinsten Kenner des Patentrechtes, hat Recht, wenn er geltend macht: „Der Erfinder hat eben etwas

Neues gefunden oder glaubt etwas Neues gefunden zu haben. Alle übrigen Menschen, auch die besten Techniker und Prüfungsbeamten können aber die neue Erfindung nur mit dem Maße des bisher Bekannten messen. Es ist möglich, daß das Neue in das bisher Bekannte nicht sicher einzurangiren ist, und in diesen Fällen hat die Prüfung etwas Problematisches."

Man hat die eigenthümliche Natur des Beweisthemas bei der Prüfung der Patentfähigkeit nicht verkannt. Die herrschende Meinung hat aber geglaubt, daß dieser Besonderheit nicht durch die Vertheilung der Beweislast, sondern durch den Grad des zu fordernden Beweises Rechnung zu tragen sei, daß das Patentamt sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit der Patentfähigkeit begnügen müsse.

Das ist unrichtig, für das Deutsche Recht; ob auch für das österreichische Recht — das ist die letzte Frage, für deren Beantwortung ich um Ihre Aufmerksamkeit bitten möchte.

Die Motive des deutschen Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 kennzeichnen das Vorprüfungsverfahren als ein nur provisorisches, der förmliche Beweis der Patentfähigkeit sei erst im Nichtigkeitsverfahren zu erbringen. Die patentamtliche Praxis hat indeß diese Auffassung von Anfang an abgelehnt; sie ist der Meinung, daß der Schwerpunkt der Prüfung in das Ertheilungsverfahren, nicht in die Nichtigkeitsinstanz falle. Die deutsche Industrie hat sich hiermit einverstanden erklärt; von einem chemischen Großindustriellen ist ausgesprochen worden: ein Vorprüfungsverfahren, das den Weg der Gründlichkeit und Sorgfalt verlasse, sei schlimmer, als das bloße Anmeldeverfahren, denn es entbehre dessen Einfachheit und Schnelligkeit und verleihe den Patenten doch nur einen trügerischen Schein der Rechtsgültigkeit. Diese Aeußerung ist zutreffend. Die deutsche Praxis hat Recht daran gethan, die Motive des Gesetzes in diesem Punkte unbeachtet zu lassen.

Anders liegt die Sache vielleicht in Oesterreich. Hier hat das neue Gesetz selbst die Abweisung der Anmeldung von ihrer „offenbaren" Patentunfähigkeit abhängig gemacht.

Was ist unter „offenbarer" Patentunfähigkeit zu verstehen? Rein sprachlich sind zwei Möglichkeiten gegeben. Man kann unter offenbarer Patentunfähigkeit verstehen eine Patentunfähigkeit, die prima facie, ohne eingehende Prüfung ersichtlich ist; dies die eine Auslegung. Offenbare Patentunfähigkeit kann aber sehr wohl auch soviel heißen, wie eine Patentunfähigkeit, die, gleichviel, ob ohne oder in Folge sorgfältiger Prüfung, bis zur Zweifellosigkeit, bis zur Evidenz dargethan ist.

Ist das Wort offenbar in letzterem Sinne aufzufassen, so ergeben sich keinerlei Bedenken. Es ist dann eben nur der richtige Grundsatz, daß das Patentamt im Zweifel das Patent zu ertheilen hat, in besonders bestimmter und präziser Weise zum Ausdrucke gelangt; ganz ähnlich wie in dem vom Privilegienausschusse vorgeschlagenen, vom Plenum des Abgeordnetenhauses aber abgelehnten Schlußsatze

des § 55: die Patentunfähigkeit wegen mangelnder Ausführbarkeit oder mangelnder Neuheit solle nur angenommen werden, wenn die Unmöglichkeit der Ausführung oder das Vorliegen neuheitsschädlicher Momente „vollkommen nachweisbar“ sei.

Allein die Begründung der Regierungsvorlage, ebenso die Mehrzahl der veröffentlichten Kritiken und der Bericht des Privilegienausschusses nehmen das Wort offenbar im anderen Sinne. Ein offenbarer Mangel der Patentfähigkeit soll ein prima vista Mangel sein, ein Mangel der „für jeden Sachverständigen auf den ersten Blick“ erkennbar ist, ohne daß es zuvor eingehenderer Untersuchung bedarf; die Prüfung der Anmeldeabtheilung soll eine beschränkte, eine bloß summarische sein.

Dieser Standpunkt ist kaum haltbar. Sollen die Mitglieder der Anmeldeabtheilungen wirklich die im Laufe ihrer Thätigkeit erworbenen besonderen Fachkenntnisse, die erlangte Befähigung mit Leichtigkeit einschlägiges Material aufzufinden, unbenutzt lassen, und sich auf das beschränken, was „für jeden Sachverständigen auf den ersten Blick“ erkennbar ist, was „jeder auf dem betreffenden Gebiete nur halbwegs Bewanderte anzugeben in der Lage sein muß“?!

Die Zusicherung blos summarischer Prüfung hat jedenfalls die Gegner des Vorprüfungssystemes versöhnlich stimmen sollen. Bedurfte es solchen Zugeständnisses, um die Vorprüfung überhaupt durchzusetzen, so ist der Preis gewiß kein zu hoher gewesen. Immerhin läßt sich sachlich diese Beschränkung der Vorprüfung kaum rechtfertigen. Die Mitglieder des juridischen Doktorenkollegiums zu Wien, Dr. Sääf von Norden und Professor Dr. Schrutka von Rechtenstamm haben sich in gleichem Sinne gutachtlich geäußert. Sie machen geltend: „Das Vorprüfungssystem mit dem erforderlichen kostspieligen staatlichen Apparate und seinem rechtspolizeilichen Charakter, welches die Patentbehörde unvermeidlich Vorwürfen von Seiten abgewiesener Patentwerber aussetzt, kann nur seine Rechtfertigung finden, wenn eine strenge, gründliche Vorprüfung eine starke Garantie für die Rechtsgültigkeit der ertheilten Patente giebt.“ Dieser Einwand ist durchaus zutreffend. Will man auf die Wünsche aller siegesgewissen Patentsucher Rücksicht nehmen, so müßte man jede, auch die offenbar patentunfähige Anmeldung patentiren. Das Bestreben, die Anerkennung aller abgewiesenen Patentanmelder zu gewinnen, ist ebenso aussichtslos wie das Bemühen, Strafverurtheilte zu Lobrednern der Gerechtigkeit zu machen.

Andererseits darf man aber an die Einschaltung des Wortes „offenbar“ keine übertriebenen Befürchtungen knüpfen. Es soll wohl, wie es in der Begründung der Regierungsvorlage heißt, der Prüfung seitens der Anmeldeabtheilung eine Grenze gesteckt sein. Allein das Gesetz giebt doch in keiner Weise des Näheren an, wo die Grenze zu ziehen ist, sondern überläßt dies dem Ermessen des Patentamtes. Und dem Anmelder steht, wie es weiter in der Begründung der Regierungsvorlage heißt, keinesfalls die Befugniß zu, ein vom Patentamt entdecktes Hinderniß der Patentirung mit der Begründung zu bekämpfen, daß dasselbe nicht

offenbar sei. Die Praxis wird sich voraussichtlich bemühen, die Schranke der Prüfung möglichst weit hinaus zu rücken und auf diese Weise, selbst wenn sie den Standpunkt der Motive für zutreffend hält, das Bedenkliche der Gesetzesvorschrift nach Thunlichkeit mildern. Vielleicht wird die Praxis noch weiter gehen und dem Vorbilde Deutschlands entsprechend sich einfach über die Auffassung der Motive hinwegsetzen, das heißt, aus dem Worte „offenbar" nicht eine Beschränkung der Prüfung, sondern lediglich eine Vertheilung der Beweislast ableiten.

Darüber kann ja schließlich kein Zweifel sein, auch der Berichterstatter des Privilegienausschusses stimmt darin zu, daß Alles auf die Praxis, auf die Handhabung des Gesetzes ankommen wird. „Das beste Gesetz kann in Folge einer geistlosen, mechanisch an den Buchstaben der Paragraphen klebenden Praxis seine Wirkung verfehlen. Und umgekehrt Gesetzesformulirungen, die als solche nicht frei von Bedenken sind, vermögen durch eine gesund waltende Rechtspflege zum Guten gewendet zu werden."

Daß Oesterreich, was die Handhabung der Patentprüfung anlangt, auf sein künftiges Patentamt die weitgehendsten Hoffnungen setzen kann, bedarf keiner Hervorhebung. Wie hätte das veraltete, lückenreiche Privilegiengesetz vom Jahre 1852 den Anforderungen der modernen Zeit auch nur einigermaßen Genüge leisten können, wenn ihm nicht ausgezeichnete Behörden, voran das K.K. Handelsministerium, zur Seite gestanden hätten.

Ich bin zu Ende mit meinen Ausführungen.

Das neue österreichische Patentgesetz ist im deutschen Reiche mit freudiger Genugthuung begrüßt worden; nicht blos deshalb, weil unser Recht Muster und Vorbild gewesen ist, sondern in viel höherem Maße um der reichen Anregung und Förderung willen, welche die deutsche Theorie und Praxis des Patentrechtes als Gegengabe seiten Oesterreichs erwarten darf.

Mögen auch die gemeinsamen Bestrebungen und Interessen auf dem Gebiete des Patentrechts dazu beitragen, daß das Band, welches Oesterreich und Deutschland eint, immer fester und inniger werde.

Die Bestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb über Reklame in ihrem Verhältnisse zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und den übrigen gewerblichen Schutzgesetzen.

(Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig.)

Von Landrichter Dr. Lobe in Leipzig.

I. Mit dem Reichsgesetze zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 ist in Deutschland anscheinend eine Entwickelung zum Abschluß

gekommen, die in gerade umgekehrter Richtung verlaufen ist, wie im französischen Recht: in Deutschland von Sondergesetzen zu einem allgemeinern Gesetze, in Frankreich vom allgemeinen zu Sondergesetzen. Während auch die übrigen romanischen Gebiete einen allgemeinen Begriff des unlautern Wettbewerbs ausgebildet haben — gleichviel, ob die theoretische Begründung, die sie ihm geben, richtig ist oder nicht — hat die überwiegende Praxis der deutschen und österreichischen Gerichte und zum größeren Theile auch die deutsche Rechtswissenschaft die Auffassung vertreten, daß die ganze wirthschaftliche Erwerbsthätigkeit als solche durch die Gewerbefreiheit außerhalb alles Rechts stehe und nur die Bethätigung der natürlichen Handlungsfreiheit sei, die in öffentlichem Interesse durch Verbotsgesetze höchstens hie und da eingeschränkt werde.

Diese grundsätzlich verschiedene Auffassung ist nicht in der Verschiedenheit der Gesetze jener Rechtsgebiete begründet, denn dieselben gesetzlichen Bestimmungen, auf denen das französische und italienische Recht den Schutz gegen unlautern Wettbewerb aufbaut, finden sich auch in den deutschen Bürgerlichen Gesetzbüchern. — Jedenfalls aber ist die Verschiedenheit der Auffassung von Bedeutung geworden für unsere Rechtsentwickelung auf diesem Gebiete und für die Ausbildung des Schutzes gegen den unlautern Wettbewerb im Gewerbe, der doch nun einmal auch in Deutschland vorhanden und bei der Gewerbefreiheit mehr und mehr gewachsen war. Ganz konnte man deshalb auch bei uns des Schutzes nicht entrathen. Thatsachen machen sich eben geltend, gleichviel ob die Juristen sie theoretisch construiren und definiren können oder nicht.

In den Gebieten des französischen Rechts nun führte die weitere Ausbildung des Rechtsschutzes dazu, daß er sich nicht als Erweiterung, sondern als Verschärfung des bereits bestehenden allgemeinen Schutzes gegen unlautern Wettbewerb darstellte. Es wurden einzelne schwere oder sonst ausgezeichnete Fälle herausgehoben und unter verschärften, in der Regel strafrechtlichen Schutz gestellt. Daneben blieb aushilfsweise der allgemeine civilrechtliche Schutz bestehen.

Anders in Deutschland. Hier konnte nach der herrschenden Anschauung von einer Verschärfung des Schutzes keine Rede sein, da der unlautre Wettbewerb als solcher als rechtswidrige Handlung, die zum Schadenersatz verpflichtet, officiell nicht anerkannt wurde und ein besondres Verbotsgesetz hierüber nicht vorhanden war. Wenn daher hier nach und nach einzelne Gesetze für bestimmte Fälle unlautern Wettbewerbs Schutz gewährten, so wollten sie diesen erst einführen, nicht einen bereits bestehenden verschärfen.

Diese Sondergesetze haben nun freilich nach und nach immer weitere Gebiete des unlautern Wettbewerbs ergriffen — ich erinnere nur an § 14 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen — bis sich das Gesetz vom 27. Mai 1896 in allgemeinerer Weise mit ihm befaßte.

So stehen wir denn schließlich einem embarras de richesse von Vorschriften gegenüber, der leicht verwirrend werden kann, wenn es nicht gelingt, das Ver-

hältniß der einzelnen Bestimmungen zu einander genau abzugrenzen. Der gewerbliche Wettbewerb hat schlimme Rache genommen. Weil die gesammte gewerbliche Thätigkeit nicht als Ausübung eines subjektiven Rechts erachtet und demgemäß ihre Störung nicht als Rechtsverletzung angesehen wurde, war man gezwungen, nach und nach einzelne Erwerbsthätigkeiten als besondre subjektive Rechte auszuschälen. Die Folge davon ist, daß, wie diese einzelnen gewerblichen Thätigkeiten sich kreuzen und ineinandergreifen, das gleiche bei den gesetzlichen Vorschriften stattfindet, die das Gebiet des unlautern Wettbewerbs wie kleinere und größere, theils concentrische, theils excentrische, theils sich schneidende, theils sich gar nicht berührende Kreise bedecken.

Es sei mir gestattet, einige solcher Kreuzungspunkte von Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlautern Wettbewerb mit den übrigen Schutzgesetzen des gewerblichen Verkehrs kurz zu berühren, und zwar will ich mich auf die Vorschriften über die unlautre Reklame, §§ 1 und 4 des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb, beschränken.

II. Bei der Erörterung der Beziehungen dieser gesetzlichen Vorschriften zu einander wird nun freilich kaum zu umgehen sein, zu der Frage, ob die Erwerbsthätigkeit Ausübung eines subjectiven Rechts sei oder nicht, Stellung zu nehmen. Das ist keineswegs eine bloße Doktorfrage, denn von ihrer Beantwortung hängt insbesondre auch ab, inwieweit das neue deutsche Bürgerliche Gesetzbuch ergänzend eingreift.

Die gesammte gewerbliche Thätigkeit aber als Bethätigung eines besondern subjectiven Rechts, eines sog. Persönlichkeitsrechts, aufzufassen, ist theoretisch möglich und scheint mir praktisch nothwendig, wenn anders ein genügender Schutz für gewerbliche Arbeit gegen unlautre Konkurrenz geschaffen werden soll.

Hierin liegt zunächst eine Aussonderung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Menschen auf freies Handeln innerhalb der Rechtsordnung. Die Vorstellung, daß die gewerbliche Thätigkeit als eine besondre Arbeitsthätigkeit rechtlich anerkannt und geradezu Bethätigung einer besondern rechtlichen Befugniß sei, tritt dort zum ersten Male scharf hervor, wo sie nicht als eine Jedermann zustehende Befugniß, sondern als ein Recht nur gewisser Einzelner erscheint: bei den Gewerbegerechtigkeiten. Sobald diese monopolisirt waren, sind sie von jeher als besondre subjective Rechte anerkannt worden. Auch bei ihnen aber ist das, was sie eben zu subjectiven Rechten macht, die ihnen zu Theil gewordene rechtliche Anerkennung der Gewerbeausübung. Zum Monopol macht sie nur der Umstand, daß sie allein dieser Anerkennung theilhaftig wurden, während diese andern versagt wurde. Auf die Natur der Erwerbsthätigkeit als einer rechtlichen Befugniß kann es aber dann keinen Einfluß ausüben, wenn die Erwerbsthätigkeit nicht nur Einzelnen, sondern nunmehr Jedermann gestattet wird. Das aber ist durch die deutsche Gewerbeordnung erfolgt. Deren Absicht ging allein dahin, die vormals nur Einzelnen gewährte rechtliche Anerkennung der Erwerbs-

thätigkeit jetzt allen Erwerbstreibenden zukommen zu lassen, nicht besteht der Begriff der Gewerbefreiheit darin, die ehedem Wenigen gewährte Anerkennung auch diesen zu entziehen. Ob die gewerbliche Thätigkeit als subjectives Recht anzusehen sei, will jedenfalls die Gewerbeordnung für das Privatrecht nicht entscheiden und sicher nicht verneinen. Ihre Ausdrucksweise läßt im Gegentheil erkennen, daß sie die Gewerbsausübung nicht als rechtlich gleichgiltiges Handeln, wie essen, spazierengehen, sondern als ein besonders rechtlich anerkanntes, darum vor Störung zu schützendes Handeln auffaßt.

Auf der andern Seite bedeutet die Anerkennung der Ausübung des Gewerbebetriebs als ein subjectives Recht die Zusammenfassung von einzelnen Erwerbsthätigkeiten, die bisher schon als besondre subjective Rechte angesehen wurden. Solche besondre subjectiven Rechte auf Erwerbsthätigkeit erkennen aber alle Urheber- und Patentgesetze an. Sie alle begründen neben dem Besitzesschutz, der den Schöpfern eines geistigen oder künstlerischen Werkes für ihr Erzeugniß gewährt wird, das besondre subjective Recht zur gewerblichen Verwerthung, das sich bei Schriftwerken sogar zu einem besondern Verlagsrecht verselbständigt hat. Ein Grund aber, gerade nur diese Art gewerblicher Thätigkeit zu schützen, liegt nicht vor. Wenn diese zuerst herausgehoben wurde, so geschah es, weil hier am deutlichsten die Nachtheile des Mangels eines allgemeinen Schutzes sich zeigten. An sich aber ist das Recht, mit jenen immateriellen Gütern, einem Schrift- und Kunstwerk, einer Erfindung und dergleichen, Erwerbsthätigkeit auszuüben nicht ein besondres aus der Natur des Geisteswerks oder der Erfindung fließendes Recht, sondern lediglich eine besondre Bethätigung des allgemeinen subjectiven Rechts zur Ausübung gewerblicher Thätigkeit.

Erkennt man nun einmal die Ausübung der Erwerbsthätigkeit als Bethätigung eines subjectiven Rechts an, so muß jeder unlautre Wettbewerb im Gewerbe eine Verletzung dieses subjectiven Rechts darstellen und damit, wie jede Verletzung eines subjectiven Rechts, den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts unterfallen. Die Schwierigkeit liegt aber in der Bestimmung, wann eine Verletzung jenes subjectiven Rechts anzunehmen sei.

Der Begriff des unlautern Wettbewerbs im Gewerbe ergiebt sich erstens aus dem Begriff des Wettbewerbs überhaupt, zweitens aus dem Begriff der Erwerbsthätigkeit, die eben den Inhalt des bezeichneten subjectiven Rechts bildet. Denn die Erwerbsthätigkeit mehrerer Gewerbetreibenden desselben Gewerbes ist es ja, die miteinander in Wettbewerb steht. Das Ziel, wonach jeder Gewerbetreibende strebt, ist Absatz und Verwerthung seiner gewerblichen Leistungen, Kundschaft. Sind nun die von einem Gewerbetreibenden zu verwerthenden gewerblichen Leistungen gleicher oder verwandter Art, dienen sie zur Befriedigung derselben Bedürfnisse wie die eines andern Gewerbtreibenden, so wenden sich beide, um den Absatz ihrer Leistungen zu erlangen, an Menschen mit denselben Bedürfnissen.

Ist dann weiter noch der Kreis von Personen, an die die Gewerbetreibenden ihre Leistungen absetzen wollen, ein und derselbe, wohnen z. B. die Personen in derselben Stadt, in demselben Lande, nicht etwa die einen in China, die andern in Deutschland, so strebt jeder, dieselben Personen zu seiner Kundschaft zu gewinnen. Mit dem gegenseitigen Streben nach einem einzigen Ziele, das nur dem einen von beiden zufallen kann, ist aber der Wettbewerb gegeben. — Wie nun jeder Wettbewerb begrifflich eine Vergleichung, ein Abmessen der nach dem gemeinsamen Ziele strebenden Kräfte enthält und unlauter wird, wenn andre als zur Vergleichung gestellte Kräfte, sei es, um die Thätigkeit des Gegners zu hindern, sei es um die eigene Thätigkeit zu fördern, in den Wettkampf eingeführt werden, so ist dies auch beim Wettbewerb zwischen den gewerblichen Thätigkeiten der Fall. Erschöpft sich diese aber in der Verschaffung von Kundschaft, so ergiebt sich daraus, daß als lautrer Wettbewerb nur solche Erwerbsthätigkeit anerkannt werden kann, die in der Verschaffung von Kundschaft durch eigene Arbeitskraft ihre Grenze findet. In dem Begriff der Kundschaft liegt aber nun, daß die Abnahme der gewerblichen Leistungen in den freien Willen der Abnehmer gestellt sein muß. Jede Gegenleistung für eine abgenommene gewerbliche Leistung, die nicht im freien Willen der Abnehmer ihren Grund hat, erhält die Natur eines Tributs, einer Steuer an den Leistenden und vernichtet damit den Begriff der Kundschaft. Bezeichnend nennen deshalb die Engländer Kundschaft the goodwill of a trade. Hieraus folgt, daß jeder Wettbewerb im Gewerbe unlauter wird, wenn, sei es, um die Thätigkeit des Mitbewerbers zu hindern, sei es, um die eigene Thätigkeit zu fördern, eine solche Thätigkeit angewendet wird, die nicht eigene Arbeitsthätigkeit ist und die freie Entschließung des Abnehmers, ob er Kunde werden will oder nicht, aufhebt. Irrthum hebt aber den freien Willen auf. Eine unlautere, den eigenen Erwerb fördernde Thätigkeit ist sonach die täuschende Reklame und die Benutzung fremder Arbeitsthätigkeit, sei es dadurch, daß man zwischen ihr und der eigenen bei der Kundschaft Verwechslung herbeiführt, sei es, daß man sich direkt fremder Fabrik- und Geschäftsgeheimnisse bemächtigt. Eine unlautere die Erwerbsthätigkeit des Mitbewerbers hindernde Thätigkeit ist insbesondere die Herabsetzung seiner Person oder seiner gewerblichen Leistungen.

Diesen theoretisch gefundenen Merkmalen unlautren Wettbewerbs entspricht in der That auch die Eintheilung des Gesetzes, wie unschwer zu erkennen ist.

III. Als erste Frage nun erhebt sich sofort die, ob das Gesetz alle Fälle, die sich nach der soeben entwickelten Begriffsbestimmung juristisch als unlauterer Wettbewerb darstellen, etwa durch Aufstellung eines allgemeinen Verbots, getroffen hat. Man hat versucht, dies zu thun, ist aber wieder davon zurückgekommen. Ein Blick in das Gesetz lehrt jedenfalls, daß es nicht geschehen ist. Vielmehr werden, gleichwie in den frühern Gesetzen, wiederum nur einzelne die Erwerbsthätigkeit unlauter fördernde oder unlauter hindernde Mittel hervorgehoben und daran civilrechtliche und strafrechtliche Folgen geknüpft. Der Gesetzgeber hat aber

auch durch das Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb vom 27. Mai 1896, wie sich aus der Entstehungsgeschichte klar ergiebt (vergl. besonders S. 3 und 4 des Kommissionsberichts), die Materie nicht ausschließlich regeln wollen, und daraus folgt, daß die frühern Schutzgesetze noch Geltung haben und das bürgerliche Gesetzbuch ergänzend eingreifen kann, daß die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit sie sich auf unlautern Wettbewerb anwenden lassen, denen des gegenwärtigen Gesetzes subsidiär sind. Das ist übrigens auch durchaus im Sinne der Motive und der Denkschrift zum deutschen Bürgerlichen G.B.

Aber neben der Frage nach der Subsidiarität des deutschen B.G.B.s steht die, ob es etwa entgegenstehende Bestimmungen des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb aufhebt und abändert.

Solche Verschiedenheiten finden sich nämlich in den Vorschriften über Schadenersatzpflicht, §§ 823 flg. des B.G.B.s.

Daß das B.G.B. an sich die Kraft hat, entgegenstehende Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1896 abzuändern, ist zweifellos, denn es fließt aus derselben Rechtsquelle und ist das spätere. Mit der Bestimmung in Art. 31 des Einführungsgesetzes aber ist nicht viel zu machen. Diese lautet: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit außer Kraft, als aus dem B.G.B. die Aufhebung sich ergiebt". Wir stehen also immer wieder vor der Frage, ob die Bestimmungen des B.G.B.s über Schadenersatzpflicht, die doch offenbar einheitliche und grundsätzliche Regelung geben wollen, entgegenstehende Vorschriften früherer Reichsgesetze haben abändern wollen. Nach den Motiven zum 1. Entwurf eines B.G.B.s (Bd. II S. 746) sollen nun allerdings die bereits bestehenden reichsgesetzlichen Bestimmungen über die Verpflichtung zum Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen in Kraft bleiben, insbesondere die Vorschriften über Verletzung des Urheberrechts, Patentrechts ꝛc. — Hätte es das Gesetz gegen unlautern Wettbewerb damals schon gegeben, so wäre es sicher hier von den Motiven mit aufgeführt worden. Immerhin sind dies nur Aeußerungen der Motive, im Gesetze selbst ist diese Auffassung nicht zum Ausdruck gekommen. Es müssen also die allgemeinen Auslegungsregeln angewendet werden. Sieht man nun einmal vom B.G.B. § 824 ab, der der Sonderbestimmung in § 6 des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb entspricht und nur ein besonderes Mittel des Wettbewerbs hervorhebt, so kommen als allgemeine Bestimmungen die §§ 823 und 826 in Frage.[1]) Gleichgiltig nun welchen Paragraphen gegen den unlautern Wettbewerb man anwenden will, immer wird sich diese Vorschrift als die allgemeinere gegenüber den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb darstellen.

---

[1]) **B.G.B. § 823:**

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigenthum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines Anderen

Dann aber gilt die Rechtsregel: lex posterior generalis non derogat priori speciali. Die Bestimmungen des B.G.B.s über Schadenersatz ändern also die entgegenstehenden Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1896 nicht ab.

Von Bedeutung wird dagegen nach anderer Richtung die Frage, ob § 823 oder § 826 auf den unlautern Wettbewerb anzuwenden sei, ob die im Gesetz vom 27. Mai 1896 hervorgehobenen Fälle also Spezialfälle von § 823 oder von § 826 seien. Und eben hier zeigt sichs, daß es nothwendig ist, sich zu entscheiden, ob man die Erwerbsthätigkeit als Bethätigung eines subjektiven Rechts anerkennen will oder nicht. Denn erstern Falls wird der unlautre Wettbewerb als eine Handlung zu gelten haben, die das Recht eines andern, des Konkurrenten, widerrechtlich verletzt, und es wird § 823 des B.G.B.s die subsidiäre Vorschrift bilden, letztern Falls wird diese oder jene unlautre Wettbewerbshandlung nur als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung betrachtet werden können und es wird § 826 des B.G.B.s die subsidiäre Vorschrift bilden. Der Unterschied ist aber wesentlich: denn nach B.G.B. § 823 verpflichtet auch die fahrlässige Verletzung des Rechts eines andern zum Schadenersatz, nach § 826 aber nur die vorsätzliche Schadenzufügung.

Sieht man, wie ich es für richtig halten möchte, im unlautren Wettbewerb die Verletzung eines Rechts des Konkurrenten, kann also jede unlautre Wettbewerbshandlung, wenn sie nicht schon nach dem Gesetz vom 27. Mai 1896 schadenersatzpflichtig macht, nach B.G.B. § 823 gefaßt werden, so entsteht doch die Frage, ob die Vorschrift in § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 27. Mai 1896, wonach Redakteure, Verleger, Drucker und Verbreiter von periodischen Druckschriften nur schadenersatzpflichtig sind, „wenn sie die Unrichtigkeit der Angaben kannten, nicht gleichwohl die Subsidiarität des B.G.B.s ausschließt für den Fall, daß jene die Unrichtigkeit etwa nur hätten kennen müssen. Denn die Entstehungsgeschichte und die Ausdrucksweise dieser Bestimmung läßt keinen Zweifel, daß damit ein Privilegium für diese Personen hat geschaffen werden sollen. Aber was den Schein eines Privilegiums und einer Ausnahme von den allgemeinen Bestimmungen über Schadenersatzpflicht hat, ist bei näherem Zusehen gar kein Privilegium. Denn die Thätigkeit, die § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 im Auge hat, ist in Wahrheit eine Beihilfe zur unlautern Reklame. Nur das unlautre Fördern eigener Erwerbsthätigkeit wird dem Konkurrenten gegenüber, der eine gleichartige Erwerbsthätigkeit ausübt, unlautrer Wettbewerb, Hauptthäter ist also jedesmal nur der Wettbewerber selbst, und die Thätig-

bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 826:

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

keit aller, die nicht im Wettbewerb stehen, stellt sich deshalb nur als Theilnehmerhandlung an fremder Wettbewerbsthätigkeit dar. Eine solche ist aber die Thätigkeit des Redakteurs, des Druckers ꝛc., der seine periodische Druckschrift zur Reklame für einen andern Gewerbetreibenden hergiebt. Da nun Beihilfe im technischen Sinne immer eine vorsätzliche Förderung einer fremden Thätigkeit voraussetzt, so ergiebt sich von selbst, daß der Redakteur, Drucker ꝛc. die Unwahrheit der reklamehaften Angaben kennen mußte, um überhaupt Gehilfe zu werden. Daß er dann aber für den Schaden mithaftet, entspricht nur der Vorschrift in § 830 Abs. 2 des deutschen B.G.B.s. Die Vorschrift in § 1 Abs. 2 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 ist augenscheinlich in Hinblick auf die im Preßgesetze § 21 aufgestellte Präsumtion der Mitthäterschaft gegeben worden und man hat verhüten wollen, daß die dort für das Strafrecht gegebene Präsumtion etwa auf das Civilrecht übertragen werde. —

IV. Bei der Prüfung der Beziehungen, die die Vorschriften über die unlautre Reklame nach dem Gesetze vom 27. Mai 1896 zu den übrigen sondergesetzlichen Bestimmungen haben, die dieses Gebiet berühren, ist es nöthig, sich die Natur des durch unlautre Reklame verübten unlautren Wettbewerbs vor Augen zu halten. Reklame ist die über das bloße Anzeigen und Feilbieten gewerblicher Leistungen hinausgehende Aufforderung an das Publikum, die gewerbliche Leistung abzunehmen. Sie ist ein Werben um Kundschaft und, da auf Kundschaftserwerbung schließlich alle Erwerbsthätigkeit hinausläuft, nothwendig erlaubt, auch wenn sie noch so marktschreierisch ist. Der Gewerbetreibende muß, um seine Waare abzusetzen, die Kauflust anregen und deshalb sein Angebot als günstig darstellen. Mit der Erregung der Kauflust allein ist ihm aber noch wenig geholfen. Er muß weiter die Kauflust auch in der Richtung zu beeinflussen suchen, daß sie ihre Befriedigung bei ihm nimmt und ihn seinen Mitbewerbern vorzieht. Zu diesem Zwecke muß er also weiter sein Angebot als besonders günstig darstellen, günstiger als das seiner Mitbewerber. Auch hierin liegt an sich noch nichts unlauteres, wie mit Unrecht oft die französischen Gerichte angenommen haben. Das Werben um Kundschaft und Anpreisen der Waare wird aber sofort unlauter, wenn der Anschein eines besonders günstigen Angebots durch Irreführung der Abnehmer erreicht wird. Denn dann sind diese nicht mehr freiwillige Kunden, es liegt keine eigentliche Erwerbsthätigkeit mehr vor, wie sie allein im Wettbewerb zur Vergleichung steht und der Wettbewerb wird damit unlauter. Die den unlautern Wettbewerb qualificirende Handlung besteht hier also in der Irrthumserregung der Käufer, wodurch dem Gewerbebetrieb des Konkurrenten die Kundschaft abgeleitet und dieser in seinem Vermögen geschädigt wird.

1.) Sofort fällt die Aehnlichkeit des Thatbestandes mit dem des Betrugs nach St.G.B. § 263 auf. Und doch ist die unlautre Reklame nicht etwa ein besonders herausgehobener Betrugsfall. Nur das Mittel des rechtswidrigen Angriffs ist das gleiche, die Täuschung der Abnehmer, der Angriff selbst richtet sich gegen

zwei ganz verschiedene Rechtsgüter: bei dem Betrug gegen das Vermögen des Kunden, bei der unlautern Reklame gegen die Freiheit des Gewerbebetriebs des Konkurrenten. Und dabei ist zu beachten, daß der Betrug ein Verletzungsdelikt, die unlautre Reklame ein Gefährdungsdelikt ist, die Vollendung also zu einem anderen Zeitpunkt eintritt als beim Betrug. Hiernach findet zwischen dem Vergehen nach § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 und nach St.G.B. 263 nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern Idealkonkurrenz statt.

2.) Wie beim Betrug, so bildet auch bei den übrigen gesetzlichen Bestimmungen nothwendig die Irreführung des Kunden, die eben die Reklame zum unlautern Wettbewerb stempelt, den gemeinsamen Berührungspunkt. Als solche Irreführung wird in § 1 und § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 die Irreführung über den Besitz von Auszeichnungen direkt hervorgehoben.

a.) Einen besondern Fall einer solchen Irreführung stellt die in § 40 des Patentgesetzes[2]) erwähnte Handlung vor, wenn sich jemand der Wahrheit zuwider — vorsätzlich oder fahrlässig — eines deutschen Patentes berühmt. Die Hervorhebung dieses besondern Falls von Reklame, — denn weiter ist die Handlung in der That nichts, wenigstens dann, wenn die Berühmung zu Reklamezwecken erfolgt — hat in betreff der civilrechtlichen Folgen keine Bedeutung. Als unerlaubte, gegen ein besondres Gesetz verstoßende Handlung macht ihre fahrlässige und vorsätzliche Begehung sowohl nach § 823 Abs. 2 des B.G.B.s als nach § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 in gleicher Weise schadenersatzpflichtig. Dagegen sind die strafrechtlichen Folgen verschieden: § 40 des Patentgesetzes droht Geldstrafe bis zu 1000 M an, § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 Geldstrafe bis zu 1500 M, unter Umständen sogar Haft und Gefängniß. Die Vorschrift des Patentgesetzes ist also die mildere gegenüber der des Gesetzes vom 27. Mai 1896. Sie steht ferner zweifellos zu dieser im Verhältniß von lex specialis zur lex generalis. Gilt nun hier die Regel, daß lex posterior generalis non derogat priori speciali in dem Sinne, daß § 40 des Patentgesetzes eine Bestrafung nach § 4 des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb ausschließt? Dies würde zu dem auffälligen Ergebniß führen, daß die Berühmung eines deutschen Patentes milder zu bestrafen sei, als die eines ausländischen Patentes. Dies, und der Umstand, daß das Gesetz vom 27. Mai 1896

[2]) Patentgesetz § 40:

Mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark wird bestraft

1. wer Gegenstände oder deren Verpackung mit einer Bezeichnung versieht, welche geeignet ist, den Irrthum zu erregen, daß die Gegenstände durch ein Patent nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützt seien.

2. wer in öffentlichen Anzeigen auf Aushängeschildern, auf Empfehlungskarten oder in ähnlichen Kundgebungen eine Bezeichnung anwendet, welche geeignet ist, den Irrthum zu erregen, daß die darin erwähnten Gegenstände durch ein Patent nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützt seien.

offenbar den Schutz gegen unlautre Reklame hat erweitern wollen, läßt erkennen, daß beide Bestimmungen einander in der Weise ergänzen, daß, wenn das eine Gesetz nicht zur Anwendung kommt, das andre Anwendung zu erleiden hat, sie sich gegenseitig subsidiär sind, daß aber, wenn für die Anwendung beider Vorschriften die Voraussetzungen vorliegen, alsdann nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz stets das härtere Strafgesetz anzuwenden ist. Die Voraussetzungen für beide sind aber insofern verschieden, als nach § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 nur vorsätzliche, nach § 40 des Patentgesetzes auch fahrlässige Begehung Strafe nach sich zieht, als ferner das Vergehen nach § 40 des Patentgesetzes von amtswegen, das nach § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 aber nur auf Antrag zu verfolgen ist. Hier zeigt sich der interessante Fall, daß das schwerere Delikt Antragsdelikt ist und der Privatkläger dem öffentlichen Ankläger die Strafverfolgung entwinden kann. Das sollte meines Erachtens die Staatsanwaltschaft veranlassen, in diesen Fällen ein öffentliches Interesse anzunehmen und dann nach § 12 des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb öffentliche Klage zu erheben.

b.) Einen weitern Fall der Täuschung über eine Auszeichnung, die zu Reklamezwecken im unlautern Wettbewerb vorgenommen werden kann, bildet der unbefugte Gebrauch eines Titels oder einer Würde, z. B. Hoflieferant, Doktor, oder die unbefugte Abbildung des Wappens des Kaisers oder eines Bundesfürsten. Hiermit wird aber zugleich der Thatbestand von St.G.B. § 360 Nr. 7 oder 8 getroffen. Gleichwohl bildet der Thatbestand der erwähnten Paragraphen des Strafgesetzbuchs nicht einen besondern Fall der in § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 bedrohten unlautern Reklame. Denn das Rechtsgut, das beide Gesetze schützen wollen, ist verschieden: dort die Hoheitsrechte des Kaisers, der Fürsten oder von sonst zur Verleihung von Würden befugten Personen, hier der freie Gewerbebetrieb des Konkurrenten, dessen subjektives Recht auf Erwerbsthätigkeit. Es liegt daher eine Uebertretung zwei verschiedener Normen durch eine Handlung vor und es muß Idealkonkurrenz angenommen werden, nicht wie vorhin Gesetzeskonkurrenz.

c) Ganz andere Bedeutung hat dagegen die fälschliche Benutzung eines Staats- oder Ortswappens zu dem Zwecke, um über Beschaffenheit und Werth der Waaren einen Irrthum zu erregen, wie solche in § 16 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen[3]) mit Strafe bedroht ist. Hier ist nicht, wie im St.G.B. § 360, deren Gebrauch verboten, weil dadurch etwa das eines selbständigen Schutzes würdige Hoheitsrecht der Staats- oder Ortsan-

[3]) § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894:

Wer Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen fälschlich mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Ortes, eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes zu dem Zwecke versieht, über Beschaffenheit und Werth der Waaren einen Irrthum zu erregen, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig bezeichnete Waaren in

gehörigen auf Führung oder Verleihung des Wappens verletzt wird, vielmehr kommt dieses Wappen hier nur als Individualisirungszeichen für die Waaren Gewerbetreibender bestimmter Bezirke in Betracht und die mißbräuchliche Führung ist verboten, weil dadurch das kaufende Publikum über die Herkunft, über die Beschaffenheit und den Werth der Waare getäuscht werden kann. Das durch § 16 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen geschützte Rechtsgut ist also in Wahrheit das gleiche wie das in § 4 des Gesetzes gegen den unlautern Wettbewerb geschützte, es wird bloß ein besondres Mittel unlautrer Reklame hervorgehoben, das Vergehen nach § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 ist also nur ein Spezialfall von dem nach § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896, beide stehen im Verhältniß von lex specialis zu lex generalis. Hier aber stellt sich das Spezialgesetz zweifellos als das schärfere Gesetz dar: nach § 16 ist die höchste Strafe 5000 *M* und gegebenenfalls auch 6 Monate Gefängniß, nach § 4 die höchste Strafe nur 1500 *M*. Ueberdies ist das Vergehen nach § 16 von amtswegen, das nach § 4 nur auf Antrag zu verfolgen. Bei vorliegender Gesetzeskonkurrenz muß also allein das Gesetz vom 12. Mai 1894 zur Anwendung kommen.

3. § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 leitet über zur Betrachtung der andern gesetzlichen Vorschriften über den Mißbrauch besondrer Individualisirungszeichen zum Zwecke, das Publikum über die Herkunft und die Bezugsquelle der gewerblichen Leistungen zu täuschen und damit die Kundschaft von dem Konkurrenten abzuleiten. Eines der wesentlichsten Mittel, die Arbeit des Wettbewerbers unbefugt für sich dienstbar und damit den Wettbewerb zu einem unlautern zu machen, besteht eben darin, in dem Publikum den Irrthum zu erregen, als ob die Waare von dem Konkurrenten stamme. Indem der Gesetzgeber also diesen Unterscheidungszeichen seinen Rechtsschutz angedeihen läßt, bethätigt er nur seinen Schutz für den geschäftlichen Verkehr überhaupt und will der Verletzung des subjektiven Rechts der Gewerbetreibenden begegnen. Alle diese Bestimmungen haben das Gemeinsame, daß sie die hervorgehobenen Bezeichnungen nur in ihrer Eigenschaft als Bezeichnungs- und Unterscheidungsmittel für die gewerblichen Leistungen schützen wollen: weder der Name noch die Firma, weder die Marke noch ein sonstiges Waarenzeichen oder eine Ausstattung der Waare haben einen Selbstzweck, sind um ihrer selbst willen geschützt. Allein um der Persönlichkeit und der gewerblichen Leistung willen, deren Unterscheidung von anderen sie ermöglichen sollen, wird der Schutz gewährt. So ergiebt sich ohne weitres, daß eine Täuschung durch jene besonders hervorgehobenen Unterscheidungsmittel, mögen sie nun im Handelsgesetzbuch Art. 20 und 21 bei den Vorschriften über die Firmen-

Verkehr bringt oder feilhält, wird mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verwendung von Namen, welche nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter diese Bestimmung nicht.

führung oder im Gesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen erwähnt sein, immer nur besondre Fälle der in § 1 und § 4 erwähnten Irrthumserregungen sind, daß hier also uneingeschränkt die Regel gilt lex posterior generalis non derogat priori speciali. Das Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb hat mithin diese früheren Bestimmungen nicht aufgehoben, beide bestehen nebeneinander fort. Auch hier aber gilt dasselbe, was bei der Besprechung von § 40 des Patentgesetzes erwähnt wurde: die Bestimmungen sind einander gegenseitig subsidiär. Können beide, die des Sondergesetzes und die des Gesetzes gegen unlautern Wettbewerb Anwendung leiden, so hat in civilrechtlicher Hinsicht der Kläger die Wahl, auf welche Bestimmung er seinen Anspruch stützen will, in strafrechtlicher Hinsicht aber findet, da Gesetzeskonkurrenz vorliegt, stets das härtere Gesetz Anwendung.

Ich darf davon absehen, die Folgerungen im Einzelnen hier zu ziehen, sie ergeben sich ohne weiteres aus der Regel. Nur das sei hervorgehoben, daß sowohl § 14 als § 15 u. § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 die härteren Strafbestimmungen enthalten, eine Entschädigungspflicht in § 15 aber nur an die vorsätzliche Begehung geknüpft wird. Hier sowohl wie in § 16, der die Entschädigungspflicht überhaupt nicht erwähnt, tritt daher die subsidiäre Vorschrift von § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 in Wirksamkeit. Dieses letztre nämlich, nicht unmittelbar das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, ist den Bestimmungen des Waarenbezeichnungsgesetzes subsidiär, weil es wiederum speziellere Bestimmungen enthält als jenes. So ergiebt sich denn die Klimax. 1. Das Waarenbezeichnungsgesetz, 2. das Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb, 3. das Bürgerliche Gesetzbuch, und alle drei sind wieder einander gegenseitig subsidiär.

Allein nach zwei Richtungen hin bedürfen die Bestimmungen des Gesetzes vom 27. Mai 1896 über unlautre Reklame in ihrem Verhältniß zu den Vorschriften des Waarenbezeichnungsgesetzes vom 12. Mai 1894 doch noch kurzer Beleuchtung, und mit dieser will ich schließen.

a) Zunächst bedarf es der Feststellung der Bedeutung der Bezeichnung „Bezugsquelle", die §§ 1 und 4 des Gesetzes gebraucht. Die Motive erklären, dieser Begriff solle sich nur auf Ursprungsangaben nicht geographischen Charakters erstrecken, „da die fälschliche Verwendung von Ortsnamen in geschäftlichen Ankündigungen bereits durch § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes in einem dem Bedürfnisse des redlichen Verkehrs genügenden Umfange eingeschränkt sei." Eine ganz engherzige Auffassung, die glücklicher Weise im Gesetze selbst gar keinen Ausdruck gefunden hat. Das Gesetz spricht vielmehr schlechthin von der Bezugsquelle von Waaren, und es liegt nicht der geringste Grund vor, sie in dem Sinne der Motive zu beschränken. Insbesondre kann nicht zugegeben werden, daß weil in § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes nur einzelne geographische Herkunftsbezeichnungen geschützt sind, die dort nicht erwähnten Bezeichnungen nun überhaupt schlechthin freigegeben sein sollen und mit ihnen nicht unlautrer Wettbewerb getrieben werden könne. Die Folge einer derartigen Auffassung wäre

z. B., daß die täuschende Bezeichnung einer deutschen Waare als englischer zu Reklamezwecken von § 1 oder 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 nicht getroffen werden könnte. Denn hier wird eine Bezugsquelle geographischen Charakters angegeben, die nicht unter § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes fällt, da England ein Land ist, kein „Ort oder weitrer Kommunalverband."

b) Die Bezugsquelle und Herkunftsbezeichnung des § 1 und § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 kann sich aber weiter auch auf eine Person beziehen. Solcher einzelnen Herkunftbezeichnungen geschieht in § 14 und 15 des Waarenbezeichnungsgesetzes Erwähnung: § 15 stellt die Ausstattung als Unterscheidungszeichen unter besondern Schutz, § 14 nach Maßgabe des Gesetzes vom 12. Mai 1894 geschützte Waarenzeichen. Hier nun entsteht die Frage, ob auch sowohl mit einem solchen geschützten als mit einem nicht nach diesem Gesetze geschützten Zeichen durch Irreführung des Publikums über die Bezugsquelle unlautre Reklame verübt werden kann.

α.) Nicht allen Zeichen, denen nach dem Gesetz vom 12. Mai 1894 die Eintragung und damit der Schutz nach § 14[4]) versagt wird oder die thatsächlich nicht eingetragen sind, mangelt deshalb schon die Fähigkeit zur Individualisirung bestimmter gewerblicher Leistung, die Fähigkeit, als Merkzeichen für die Waaren bestimmter Produzenten zu dienen. Das gilt insbesondere von den in Nr. 2 des § 4 des Gesetzes zum Schutz der Waarenbezeichnungen genannten Zeichen,[5]) nicht minder von den in § 8 erwähnten,[6]) vor allem aber gilt es von

[4]) § 14 des Gesetzes vom 12. Mai 1894:

Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waaren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Anderen oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Waarenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waaren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er außerdem mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängniß bis zu 6 Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

[5]) § 4 des Gesetzes vom 12. Mai 1894.

Die Eintragung in die Rolle ist zu versagen für Freizeichen, sowie für Waarenzeichen,

1. welche ausschließlich in Zahlen, Buchstaben oder solchen Wörtern bestehen, die Angaben über Art, Zeit und Ort der Herstellung, über die Beschaffenheit, über die Bestimmung, über Preis-, Mengen- oder Gewichtsverhältnisse der Waare enthalten;

2. welche in- oder ausländische Staatswappen oder Wappen eines inländischen Ortes, eines inländischen Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes enthalten.

3. welche Aergerniß erregende Darstellungen oder solche Angaben enthalten, die ersichtlich den thatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und die Gefahr einer Täuschung begünden.

Zeichen, welche gelöscht sind, dürfen für die Waaren, für welche sie eingetragen waren,

solchen, die zwar eingetragen werden können, deren Eintragung aber nicht beantragt worden ist. Denn die Eintragung in die Zeichenrolle schafft ja nicht erst die individualisirende Kraft des Zeichens. Diese vermag vielmehr allein das kaufende Publikum zu schaffen. Ob dieses mit einem Zeichen die Vorstellung einer bestimmten Bezugsquelle der Waare verbindet, darauf allein kommt es an. Dann aber kann, sobald ein Zeichen nur diese Unterscheidungskraft besitzt und das Publikum dadurch auf einen bestimmten Produzenten hingewiesen wird, auch durch ein solches nicht eingetragene und nicht eintragungsfähige Zeichen unlautre Reklame nach § 1 und § 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 begangen werden. — Durch wahre Freizeichen freilich ist dies nicht möglich: aber nicht deshalb, weil sie nicht eintragungsfähig sind, sondern weil sie im Gemeingebrauch sind und deshalb der individualisirenden Kraft entbehren. Aendert sich dies im Laufe des gewerblichen Verkehrs, so kann natürlich sofort unlautre Reklame damit begangen werden.

β.) Kommt es also stets darauf allein an, ob ein Zeichen bei dem Publikum als Hinweis auf eine bestimmte Bezugsquelle thatsächlich gilt, so daß dieses durch seinen Gebrauch irregeführt werden kann, so muß weiter gesagt werden, daß selbst mit einem formell richtig eingetragenen Zeichen ein Konkurrent gegen den andern unlautern Wettbewerb verüben kann. Denn diese Eintragung kann erfolgt sein, obwohl das Zeichen bereits als Individualisirungszeichen eines andern Konkurrenten eingebürgert war, der nur die rechtzeitige Eintragung herbeizuführen versäumt hatte. Durch die bloße Eintragung verliert es aber noch nicht die Kraft seiner Individualisirungsfähigkeit für den ursprünglichen Besitzer, solange es das kaufende Publikum noch als Bezeichnung der Waare des Konkurrenten auffaßt. Mag daher auch die bloße Gebrauchnahme des Zeichens von dem durch die Eintragung formal Berechtigten gestattet sein: treten die Merkmale der Reklame hinzu, so macht auch der Gebrauch dieses formalberechtigten Mittels sie unlauter und es muß deshalb § 1 oder 4 des Gesetzes vom 27. Mai 1896 Anwendung finden.

oder für gleichartige Waaren zu Gunsten eines anderen, als des letzten Inhabers erst nach Ablauf von zwei Jahren seit dem Tage der Löschung von Neuem eingetragen werden.

⁶) § 8 desselben Gesetzes:

Auf Antrag des Inhabers wird das Zeichen jederzeit in der Rolle gelöscht. Von Amtswegen erfolgt die Löschung:

1. wenn seit der Anmeldung des Zeichens oder seit ihrer Erneuerung zehn Jahre verflossen sind;

2. wenn die Eintragung des Zeichens hätte versagt werden müssen.

Soll die Löschung ohne Antrag des Inhabers erfolgen, so giebt das Patentamt diesem zuvor Nachricht. Widerspricht er innerhalb eines Monats nach der Zustellung nicht, so erfolgt die Löschung. Widerspricht er, so faßt das Patentamt Beschluß. Soll in Folge Ablaufs der zehnjährigen Frist die Löschung erfolgen, so ist von derselben abzusehen, wenn der Inhaber des Zeichens bis zum Ablauf eines Monats nach der Zustellung unter Zahlung einer Gebühr von zehn Mark neben der Erneuerungsgebühr die Erneuerung der Anmeldung nachholt; die Erneuerung gilt dann als an dem Tage des Ablaufs der früheren Frist geschehen.

Ich habe versucht, im Wesentlichen die Beziehungen der Bestimmungen über die unlautre Reklame nach dem Gesetze vom 27. Mai 1896 zu verwandten gesetzlichen Vorschriften anzuführen. Die der übrigen Bestimmungen jenes Gesetzes sind nicht minder reichhaltig und verwickelt. Wenn Sie mit einigen meiner Ausführungen vielleicht auch nicht einverstanden sein werden: in Einem glaube ich Ihrer Zustimmung doch gewiß zu sein: in der Meinung, wie gefährlich es ist, Spezialgesetze zu erlassen ohne klare juristische Erkenntniß des Gebiets, auf das sie sich beziehen. Ein bischen Begriffsjurisprudenz ist eben doch von nöthen.

Der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag und die Rechtswirkungen des berechtigten und unberechtigten Rücktritts nach Reichsrecht (Handelsgesetzbuch, Bürgerliches Gesetzbuch, Gewerbeordnung) und nach Sächs. Bürgerlichen Recht.

Von Landrichter Reinhard in Freiberg.

In der Praxis begegnet man ganz verschiedenen Anschauungen über die Bedeutung und Tragweite der Vorschriften in Art. 62 flg. des H.G.B.'s. Es ist in dieser Beziehung auch so vieles zweifelhaft und bestritten, daß es nicht überflüssig sein dürfte, die rechtlichen Beziehungen der Betheiligten bei den Dienstverträgen des H.G.B.'s, der Gew.O. und des bürgerlichen Rechts wenigstens nach der Richtung hin einer Betrachtung zu unterziehen, unter welchen Voraussetzungen der einseitige Rücktritt vom Dienstvertrag zulässig ist und welche Rechtswirkungen er äußert.

I.

In den Art. 61—64 des H.G.B.'s finden sich die Vorschriften über die Beendigung des Dienstvertrags des Handlungsgehülfen. Ist der Dienstvertrag für eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden, so endigt er mit dem Ablauf dieser Zeit. Ist der Vertrag auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, so kann jeder Theil die Beendigung des Verhältnisses durch Kündigung herbeiführen, für welche die Vorschrift des Art. 61 Abs. 1 S. 1 maßgebend ist, dafern nicht vertragsmäßig eine andere, kürzere oder längere Frist bedungen ist. Daß ein auf längere Zeit abgeschlossener Dienstvertrag auch im beiderseitigen Einverständniß (mutuo dissensu) sofort gelöst werden kann, bedarf kaum der Erwähnung.

Art. 62 gestattet jedem Vertragstheil die sofortige Aufhebung des Dienstvertrags vor Ablauf der bestimmten Zeit und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, falls ihm ein wichtiger Grund zur Seite steht. Die folgenden Artikel geben Beispiele solcher wichtigen Gründe.

Die Streitfrage, ob der Dienstvertrag durch die einseitige Erklärung des Vertragstheils, der einen wichtigen Grund dazu hat, aufgehoben wird oder ob

auch in diesem Falle die Aufhebung des Vertrags erst durch den Ausspruch des Richters herbeigeführt wird,

vergl. hierzu v. Hahn, Kommentar zum H.G.B. 4. Aufl. Bd. 1 S. 314, Endemann, Handbuch rc. 1. Bd. S. 264, Gareis u. Fuchsberger, H.G.B., 1891 S. 174 Note 129, Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s 1,[89]. 2,[285]. 8,[156]. 13,[222]. 16,[171]. 17,[220],

darf gegenwärtig als im Sinne der ersten Alternative entschieden gelten und bedarf deshalb nicht mehr der Besprechung.

Die Gründe zum berechtigten Rücktritt vom Dienstvertrag sind im Handelsgesetzbuch für die Dienstverhältnisse der Handlungsgehilfen erschöpfend geregelt. Für die Frage, ob ein gegebener Thatbestand die einseitige Lösung des Vertrags eines Handlungsgehilfen rechtfertigt, darf also auf das bürgerliche Recht nicht zurückgegriffen werden. Im Uebrigen besteht aber auch insoweit zwischen den Bestimmungen des Handelsrechts und des bürgerlichen Rechts kein erheblicher Unterschied. Das könnte zwar, sofern man das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch in Vergleich zieht, auf den ersten Augenblick zweifelhaft erscheinen. Denn während das Handelsgesetzbuch im Art. 62 zunächst das allgemeine Prinzip aufstellt, daß die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen von jedem Theile verlangt werden kann und in den Art. 63 und 64 Beispiele hierzu anführt, beschränkt sich das Sächs. Bürgerliche Gesetzbuch auf die Sätze: Der Dienstberechtigte kann vor der Zeit vom Vertrag abgehen, wenn dem Dienstleistenden Untreue oder grobe Fahrlässigkeit beim Dienste zur Last fällt oder wenn derselbe die zum Dienste nöthige Befähigung oder Geschicklichkeit verliert oder sich durch strafbare oder unsittliche Handlungen des Vertrauens des Dienstberechtigten unwürdig macht. Der Dienstleistende kann vor der Zeit vom Vertrage abgehen, wenn der Dienstberechtigte Mahnens ungeachtet die fällige Gegenleistung nicht entrichtet.

In einem Urtheil des Oberlandesgerichts Dresden

— abgedruckt im Sächs. Archiv 1896 S. 301 flg. —

wird mit zutreffenden Gründen dargethan, daß die in den §§ 1241 flg. des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgezählten Thatbestände nur beispielsweise angeführte Anwendungsfälle eines höheren Grundsatzes des Inhalts sind, daß auch im Herrschaftsgebiet des Sächs. Privatrechts die Betheiligten bei einem Dienstvertrag das Recht haben, beim Vorhandensein erheblicher Gründe vom Vertragsverhältniß vor der Zeit abzugehen. Es genügt statt weiterer Ausführungen hierzu auf das oberlandesgerichtliche Urtheil zu verweisen. Die Ausführungen desselben beziehen sich zwar nur auf das Rücktrittsrecht des Dienstleistenden. Es ergiebt sich aber aus der Begründung, daß das gleiche auch für das Rücktrittsrecht des Dienstberechtigten gilt, jedoch mit einer nicht unwichtigen Einschränkung, die zugleich eine bedeutungsvolle Abweichung des Sächsischen (und gemeinen) Rechts

vom Standpunkt des Handelsrechts und des künftigen Deutschen Bürgerlichen Rechts mit sich bringt.

Die Wichtigkeit der Gründe hat im Streitfall der Richter zu beurtheilen. Richterliches Ermessen hat zu entscheiden, ob bei Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände im Einzelfalle die Annahme gerechfertigt ist, daß ein redlich denkender und handelnder Mann in gleicher Lage gleichfalls zur Aufhebung des Dienstverhältnisses verschritten sein würde. Es darf nach Lage der Umstände bei billiger Berücksichtigung der rechtlichen Interessen beider Theile dem einen Vertragstheil nicht zu zumuthen sein, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen. Hiernach kann an sich auch ein zufälliges Ereigniß einen wichtigen zum Rücktritt vom Dienstvertrag berechtigenden Grund abgeben. Ein in der Person des Dienstberechtigten eintretender Zufall, der ihn in die Lage bringt, die Dienste nicht gebrauchen zu können, berechtigt ihn aber nach Sächsischem und gemeinem Recht zum Rücktritt vom Vertrage nicht, weil er nach positiver Vorschrift dieser Rechte insoweit die Gefahr zu tragen hat. Nach §§ 1135, 870 des Sächs. B.GB.'s kann der Dienstberechtigte, der wegen eines in seiner Person eintretenden Zufalls die Dienste nicht gebrauchen kann, die Zahlung der Gegenleistung nicht ablehnen. Bürdet ihm nun das Gesetz die Gefahrtragung in diesem Sinne auf, so ist es selbstverständlich, daß er sie nicht dadurch von sich abwälzen darf, daß er vom Vertrag zurücktritt. Dieser Ausweg ist ihm durch die angeführte Gesetzesstelle verschlossen. Wo also die Frage, welche Gründe zum Rücktritt berechtigen, nach Sächsischem Recht zu beantworten ist, reicht die Thatsache, daß der Dienstberechtigte die Dienste in Folge eines ihn treffenden Zufalls nicht gebrauchen kann, nicht aus, um für ihn ein Rücktrittsrecht zu begründen.]

Für das gemeine Recht kommt in Betracht l 19 § 9 und l 38 pr. D. XIX. 2. Namentlich an der letzteren Stelle ist ganz allgemein ausgesprochen: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas ~~praeset~~ praestet. Wenn daher für gemeinrechtliche Entscheidungen der Grundsatz aufgestellt worden ist, daß „vom Dienstvertrag jeder Kontrahent zurücktreten könne, sobald ihm die Aushaltung des Kontrakts vom andern Theil in billiger Berücksichtigung der Umstände gar nicht zugemuthet werden könne",

vergl. Windscheid, Lehrb. der Pand., 2. Bd. § 401 n. 10 a,

so wird dies immer nur mit der Beschränkung als richtig zuzugestehen sein, daß der Dienstleistende die Aushaltung des Vertrags stets fordern kann, wenn es nicht an ihm liegt, daß er seine Dienste nicht leistet.

Für das Handelsrecht aber, das für die handelsrechtlichen Dienstverhältnisse insoweit allein maßgebend ist, gilt diese Beschränkung nicht. Wenn nach Lage der Sache sonst kein Bedenken gegen die Annahme vorliegt, daß der als Aufhebungsgrund geltend gemachte Thatbestand als wichtiger Grund anzusehen ist: daraus, daß er sich als ein in der Person des Dienstherrn eingetretener Zufall

darstellt, kann nicht die Pflicht des Richters abgeleitet werden, dem Grunde Beachtung zu versagen.

Dies ist nicht unbestritten. So vertritt

Staub, Kommentar zum H.G.B., 2. Aufl. 1894, § 2 zu Art. 62,

die Meinung, daß als wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes nur ein solcher gelten könne, der in der Person dessen liegt, gegen den der Rücktritt sich richtet.

Dasselbe sagt

Dernburg, Lehrb. des Preuß. Privat-Rechtes, 5. Aufl. 1897, 2. Bd. S. 558 § 193 unter 3,

mit den Worten: Jeder Theil kann aus wichtigen, in der Person des andern liegenden Gründen zurücktreten.

Beide Schriftsteller gehen also noch weiter und versagen das Rücktrittsrecht nicht blos dem Prinzipal wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalls, sondern überhaupt jedem Theile die Berufung auf ein in seiner Person eingetretenes Ereigniß. Die von Dernburg statt weiterer Begründung angezogenen Erkenntnisse des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts,

— Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 19 S. 113, Bd. 21 S. 392; Gruchot, Beiträge ꝛc. Bd. 36 S. 1159 —

bieten indessen einen Beleg für seine Meinung nicht. Wenn Staub den angeführten Satz mit Sicherheit dem Gesetz entnehmen zu können glaubt, so kann er dabei nur die Beispiele der Art. 63 und 64 im Auge gehabt haben. In der grundsätzlichen Bestimmung des Art. 62 ist jenes Erforderniß ganz zweifellos nicht zum Ausdruck gelangt. Die Beispiele der folgenden Artikel sind allerdings so gewählt, daß bei ihnen der Aufhebungsgrund in der Person des anderen Theils liegt. Es ist ja auch gar nicht zu verkennen, daß das der regelmäßige Fall ist. Immerhin ist es unzulässig, aus den Beispielen den von Staub aufgestellten Grundsatz herauszulesen. Das ergibt sich klar, wenn man die §§ 63 flg. des Entwurfs eines revid. H.G.B.'s heranzieht. Nach § 64 Z. 1 dieses Entwurfs kann der Handlungsgehilfe Aufhebung des Vertrags fordern, wenn er (durch eigene Verschuldung oder durch einen Zufall) zur Fortsetzung seiner Dienste unfähig geworden ist. In diesem Beispielsfalle liegt der Aufhebungsgrund in der Person dessen, der ihn geltend macht. Daß mit der neuen Fassung an dem bisherigen Handelsrecht nichts hat geändert werden sollen, zeigt die Denkschrift zu diesem Entwurf, welche sich S. 63 dahin ausspricht: „Das Recht des Prinzipals wie des Handlungsgehilfen, aus wichtigen Gründen das Dienstverhältniß ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sofort zu kündigen, bleibt bestehen. — — — Die im H.G.B. aufgeführten Beispiele hat der Entwurf zum größten Theile beibehalten; doch sind zugleich die entsprechenden Vorschriften der Gew.O. (§§ 123, 124, 133c, 133d) berücksichtigt."

Dem entspricht auch die Auffassung, die die Bestimmung des Art. 62 des H.G.B.'s sonst in Literatur und Judikatur gefunden hat. So äußert sich v. Hahn

in der ersten Auflage seines Kommentars zum H.G.B. (1863, § 3 zu Art. 62 = 4. Aufl. Bd. 1 S. 315): Es würde irrig sein, aus den Beispielen der Art. 63 und 64 etwa das Prinzip zu abstrahiren, daß der Gehilfe die Aufhebung des Vertrags nur in den Fällen einer Verletzung der hauptsächlichsten Vertragspflichten durch den Prinzipal oder einer rechtswidrigen Handlungsweise desselben gegen ihn erlangen könnte oder daß der Prinzipal außer auf Vertragsverletzung oder sonstige ihm gegenüber geschehene Rechtsverletzungen sich nur auf einen durch das Verschulden des Gehilfen herbeigeführten Zustand oder auf einen den Gehilfen zunächst treffenden Casus berufen könne. Auch ein zunächst den Kläger treffender Casus kann als wichtiger Grund erscheinen, namentlich soweit er die Voraussetzungen, welche zum Abschluß des Vertrags bestimmten, betrifft. So kann z. B. casuelle Nöthigung zur Aufgabe des Handelsgewerbes oder eines Theiles desselben als genügender Grund auf Seiten des Prinzipals erscheinen rc.

Ebenso spricht sich aus

Endemann, a. a. O. S. 265.

Auch andere Ausleger des H.G.B.'s stehen auf demselben Standpunkte

vergl. Makower, Note 6a zu Art. 64; Puchelt, 3. Aufl., 1882, Bd. 1 S. 122 Note 6; Gareis und Fuchsberger, 1891, Note 129, 131—133, S. 174 flg; Cosack, Lehrb. des Handelsrechts, 2. Aufl., § 18 unter 6a; Gareis, Lehrb. rc., 4. Aufl. S. 119.

Endlich wird in der Entscheidung des Reichs-O.H.G.'s Bd. 19 S. 393 ausgeführt, „daß die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Prinzipals hinsichtlich der Aufhebung des Dienstvertrages vor der bestimmten Zeit als eine gravis causa im Sinne des Art. 62 (scil. vom Konkursverwalter) geltend gemacht werden kann." Dahingestellt, ob für den Konkursfall jetzt durch die Bestimmung in § 19 der K.O. etwas geändert worden ist: jedenfalls liegt bei ihm der Aufhebungsgrund in der Person dessen, der ihn geltend macht; trotzdem hat das Reichs-O.H.G. kein Bedenken getragen, ihn als wichtigen Grund anzuerkennen.

Die Abweichung des Sächsischen und gemeinen Rechts vom Handelsrecht hat eben darin ihren Grund, daß die Vorschriften jener Rechte über die Gefahrtragung bei Dienstverträgen für das Handelsrecht keine Geltung besitzen, wenigstens soweit sie die zulässigen Rücktrittsgründe beeinflussen.

Auch für das künftige Deutsche bürgerliche Recht gelten sie nicht. Die Regelung der hier besprochenen Frage ist für das Gebiet dieses Rechts genau die gleiche, wie für das Handelsrecht. § 626 stellt den Grundsatz auf: Das Dienstverhältniß kann von jedem Theile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die gleiche Bestimmung fand sich bereits in den Entwürfen (E. I § 566 Abs. 1, E. II § 565, E. III § 617) Die Motive zum Entw. I (Mot. II S. 469) führen hierzu aus: „Den größten Schwierigkeiten unterliegt aber die nähere Bestimmung der Gründe, welche zum

Rücktritt vom Vertrag berechtigen sollen. Die Verträge, auf welche Rücksicht zu nehmen ist, sind so verschiedener Art, daß eine erschöpfende Aufstellung der einzelnen Gründe oder auch nur die Hervorhebung einiger Beispiele sich nicht als ausführbar erweist. — — Das Gesetz hat sich an der vorliegenden Stelle, wo der Dienstvertrag im Allgemeinen geregelt wird, darauf zu beschränken, das Prinzip auszusprechen, daß wichtige Gründe das fragliche Recht verleihen. Welche Gründe als wichtig anzusehen sind, darf der richterlichen Würdigung überlassen werden. Es kann darauf vertraut werden, daß hieraus besondere Uebelstände nicht entspringen werden. Auch das Schweizer Bd.-Gesetz Art. 346 hat diesen Weg betreten, für welchen sich überdies der Standpunkt des gem. Rechts und der Vorgang des Art. 62 des H.G.B's geltend machen läßt."

Ebensowenig, wie dies hier geschehen ist, stellt die Denkschrift zum Entw. III (S. 121 flg. der Heymann'schen Ausgabe) das Erforderniß auf, daß der Auflösungsgrund in der Person des andern Theils liegen müsse, hebt vielmehr ausdrücklich hervor, daß ein Verschulden des andern Theils zur Begründung des „außerordentlichen Kündigungsrechts" nicht erforderlich sei. Sie läßt also auch zufällige Ereignisse als wichtige Gründe gelten und da der oben besprochene gemeinrechtliche und sächsische Grundsatz über die Gefahrtragung bei Dienstverträgen in das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch keine Aufnahme gefunden hat, auch solche zufällige Ereignisse, die in der Person des Zurücktretenden liegen. So würde nach künftigem deutschen ebenso wie nach Handelsrecht z. B. die Zerstörung einer Handelsniederlassung durch Feuer und die damit verbundene vollkommene Einstellung des Handelsbetriebs unter Umständen als wichtiger Grund für den Prinzipal anzusehen sein, der die Entlassung seines Handlungsgehilfen vor der vertragsmäßigen Zeit rechtfertigt.

II.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß ein Vertragstheil die Aufhebung des Dienstverhältnisses vor der bestimmten Zeit herbeiführen kann, so hat es damit zum klaren und unzweideutigen Ausdruck gebracht, daß die Rechtsordnung einen Vertrag, dessen Aufhebung ein Vertragstheil aus einem wichtigen Grund fordert, mit der Erklärung dieses Verlangens für aufgehoben behandelt wissen will. In Folge dessen kann keiner der beiden Kontrahenten die Erfüllung dieses Vertrags für die Zukunft beanspruchen. Der Dienstherr kann nicht mehr fordern, daß der Handlungsgehilfe ihm die vertragsmäßig bedungenen Dienste leistet, und der Handlungsgehilfe ist nicht mehr berechtigt, daß ihm der Prinzipal die vertragsmäßige Gegenleistung (soweit diese noch nicht verdient ist) gewährt.

Es bleibt aber die Frage offen, ob nicht der eine oder andere Theil Schadenersatz wegen Nichterfüllung trotz berechtigter Aufhebung des Vertrags fordern darf. Ueber diese Frage schweigt das H.G.B. Art. 57 kann hierzu nicht herangezogen werden. Gemäß Art. 1 ist deshalb die Frage nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten,

vergl. Entscheidungen des R.O.H.G.'s, Bd. 14 S. 21; Entscheidungen des R.G.'s, Bd. 22 S. 37.

Das Landesrecht muß den wichtigen Grund im Sinne des Art. 62 als Grund für die Aufhebung des Dienstvertrags auch dann respektiren, wenn es für die ausschließlich nach bürgerlichem Recht zu beurtheilenden Dienstverträge den gleichen Thatbestand als Aufhebungsgrund nicht anerkennt. Für die Frage aber nach einem Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung hat man zu erwägen, ob die Herbeiführung des Grundes den aus dem Dienstvertrag für beide Theile sich ergebenden Pflichten widerstreitet. Die Erfüllung des Dienstvertrags hat (nach Sächs. B.G.B. § 858) dasjenige zu umfassen, was nach der besonderen Verabredung der Betheiligten, nach den gesetzlichen Vorschriften und überhaupt nach Treue und Glauben und nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes zu leisten ist.[1]) Zweifellos erfordert es die Auffassung des redlichen Verkehrs, daß z. B. derjenige, welcher Dienste zu leisten verpflichtet ist, sich nicht selbst in einen Zustand versetzt, der ihm die Leistung der Dienste unmöglich macht. Wenn nun ein Handlungsgehilfe durch Betheiligung an einem Raufhandel sich Verletzungen zuzieht, die seine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben, so ist diese Arbeitsunfähigkeit für beide Theile ein Grund zum Rücktritt vom Vertrag. Mag nun der Gehilfe oder der Prinzipal ihn geltend machen, so verliert der letztere damit sein Recht auf Erfüllung des Vertrags durch den Gehilfen, seine Ansprüche auf dessen fernere Dienstleistungen. Dieser Verlust hat seine alleinige Ursache in dem rechtswidrigen schuldhaften Verhalten desselben und verpflichtet ihn daher, sofern ihm nur wenigstens geringe Fahrlässigkeit beizumessen ist, nach §§ 1236, 728 des B.G.B.'s verbunden mit Art. 283 des H.G.B.'s zum Schadenersatz (Leistung des Erfüllungsinteresse).

Ein wichtiger Rücktrittsgrund für den Gehilfen kann es sein, wenn der Prinzipal sich schwerer Ehrverletzungen gegen ihn schuldig macht. Auch diese Handlungsweise stellt sich als ein Verstoß gegen die Vertragspflichten dar. Der Dienstvertrag begründet für beide Theile ein gewisses Treue- und Vertrauensverhältniß, das sie verpflichtet, sich solcher Handlungen zu enthalten, die eine Störung dieses Verhältnisses zur Folge haben müßten. Giebt nun der Prinzipal durch grobe Ehrverletzungen dem Handlungsgehilfen Anlaß zur sofortigen Lösung des Vertrags, so hat er durch sein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten den Verlust der Vertragsrechte seines Gehilfen herbeigeführt und muß daher diesem Schadenersatz wegen Nichterfüllung leisten. Man darf hiergegen nicht einhalten, daß ja der Gehilfe — wenn er den Verlust seiner Vertragsrechte, seiner vielleicht recht gut bezahlten Stellung nicht auf sich nehmen wollte — den Vertrag nicht zu lösen brauchte, daß daher der Rücktritt des Gehilfen den ursachlichen Zu-

[1]) Vergl. Deutsches B.G.B. § 242: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

sammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten des Prinzipals und dem eingetretenen Schaden unterbrochen habe (so z. B. Landmann, für die Gewerbeordnung, § 123 Anm. 2, § 124 Anm. 2, § 124a Anm. 2c, § 133b Anm. 2d — vergl. unten unter IV). Das ist aber irrig.

Wenn das Gesetz im Einzelfalle das schuldhafte Verhalten des einen Vertragstheiles als einen wichtigen Grund zum Rücktritt für den anderen Theil anerkennt, so ist damit zugleich anerkannt, daß die Folgen des Rücktritts (Verlust der Vertragsrechte für die Zukunft) verursacht sind durch den Grund zum Rücktritt, wennschon die Geltendmachung dieses Grundes, die Erklärung des Rücktritts auf freier Entschließung des Rücktretenden beruht. Es kann daher nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß, wenn dieser Grund eine Verletzung der Vertragspflichten oder sonst eine an sich widerrechtliche Handlung in sich schließt, eine Schadenersatzpflicht Desjenigen begründet wird, der ihn schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) herbeigeführt hat.[2])

Vergl. Entscheidungen des R.O.H.G.'s, Bd. 14 S. 21.

Beruht dagegen der Grund zum Rücktritt weder auf Vorsatz noch auf Fahrlässigkeit eines Vertragstheils, ist er also durch einen Zufall herbeigeführt worden, so ist ein Entschädigungsanspruch nicht begründet. Dem steht nicht entgegen, daß nach §§ 1235, 870 des Sächs. B.G.B.'s Derjenige, dem Dienste versprochen worden sind, die Gegenleistung auch dann zu entrichten hat, wenn er wegen eines in seiner Person eingetretenen Zufalls die Dienste nicht gebrauchen kann. Man denke z. B. an den Fall, daß eine Feuersbrunst eine Fabrik einäschert und die vollständige Einstellung des Handlungsbetriebs zur Folge hat und daß deshalb der Fabrikbesitzer einen Commis sofort entläßt. Daß dieser Thatbestand einen wichtigen Aufhebungsgrund abgeben kann, ist oben unter I gezeigt worden. Die Aufhebung des Vertrags hat hier die Ursache in einem zufälligen Ereigniß, das zunächst den Prinzipal betroffen hat und diesen in die Lage bringt, die Dienste des Commis nicht mehr brauchen zu können. Gleichwohl läßt sich aus §§ 1235, 870 des Sächs. B.G.B.'s nicht etwa das Recht des Commis auf Fortgewährung seines Gehalts oder auf Schadloshaltung herleiten. Von einer Entschädigungspflicht sprechen die §§ cit. überhaupt nicht. Wirkt aber jener Zufall als Aufhebungsgrund, so führt seine Geltendmachung zur Beendigung des Vertrags. Wie schon unter I hervorgehoben worden ist, besagen jene Gesetzesstellen nur, daß auf dem Gebiet des Sächs. Rechts der angegebene Thatbestand den Dienstherrn nicht berechtigt, seinerseits die Erfüllung abzulehnen. Wo aber eine reichsrechtliche Vorschrift (Art. 62 des H.G.B.'s) die einseitige Aufhebung des Vertrags im Einzelfalle gestattet und damit die Rechte beider Theile auf fernere Vertragserfüllung beseitigt,

[2]) Das Deutsche B.G.B. spricht in § 628 Abs. 2 diesen Satz mit den Worten aus: Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des andern Theils veranlaßt, so ist dieser zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet.

entfällt die Anwendbarkeit jener sächsischen Bestimmungen. Aus dem Dienstvertrag wird an sich für den durch einen Zufall herbeigeführten Schaden nicht gehaftet, es müßte denn der eine oder der andere Theil die Haftung für zufällige Schäden ausdrücklich vertragsmäßig übernommen haben. In Folge dessen fehlt es — von diesem Ausnahmefall abgesehen — bei vorliegendem Zufall an den einen Schadenersatzanspruch begründenden Voraussetzungen.

III.

Das H.G.B. entscheidet auch die Frage nicht, welche Rechtswirkungen ein durch die Bestimmungen in Art. 62 flg. nicht gerechtfertigter Rücktritt vom Vertrag äußert. Auch sie ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Es ist daher zu untersuchen, welche Grundsätze nach dem Sächsischen und künftigen Deutschen Rechte hierfür maßgebend sind. Ehe jedoch in Besprechung der hier auftretenden Streitfragen eingetreten wird, mögen zunächst einleitungsweise einige allgemeine Betrachtungen über die Dienstleistungspflicht des Handlungsgehilfen und ihr Verhältniß zu seinem Anspruch auf die Gegenleistung Platz finden.

Aus der Natur des Dienstvertrags ergiebt sich, daß der Dienende im Allgemeinen [3]) ein Recht auf Arbeit nicht hat, sondern daß sich seine Ansprüche im Allgemeinen auf die Gewährung der Gegenleistung beschränken. Es handelt sich hier um Dienstverhältnisse, die einerseits auf eine gewisse Dauer berechnet sind und bei denen andererseits der Dienstleistende seine ganze Arbeitskraft oder doch den wesentlichen Theil derselben zur Verfügung stellt. Nun wird

1. sehr häufig (und für viele Arten der hier in Betracht kommenden Dienstverhältnisse ist das das gewöhnliche) die Gegenleistung nach Zeitabschnitten bemessen. Der Commis wird gegen einen Monatsgehalt von 100 ℳ angestellt. In diesen Fällen setzt der Anspruch auf die Gegenleistung die vorgängige Leistung der Dienste nicht voraus, sondern nur das mit Leistungsbereitschaft verbundene Leistungsangebot, dergestalt, daß der Dienstleistende warten darf, ob der Dienstherr von den angebotenen Diensten Gebrauch macht. Geschieht dies, so muß er sie natürlich leisten, um den Anspruch auf die Gegenleistung zu erwerben. Geschieht es aber nicht, so hat er seinen Vertragspflichten vollkommen genügt, wenn er sich zur Verfügung gestellt hat. Damit hat er auch den Anspruch auf die Gegenleistung erworben. Mit Recht sagt Siebenhaar in seinem Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl. Bd. II S. 288 zu § 1238: Zu warnen ist vor der Ansicht, daß der Dienstleistende zur Begründung seines Anspruchs auf den Lohn neben seiner Bereitwilligkeit zur Dienstleistung auch noch darauf Bezug nehmen müsse, daß und wie er die Dienste geleistet habe.

Dieselben Erwägungen haben zum § 615 S. 1 des Deutschen B.G.B.'s

---

[3]) v. Hahn stellt a. a. O. Bd. 1 S. 315 (der 4. Aufl.) den Satz ohne Beschränkung auf. Das ist mir aber nicht zweifellos.

geführt. Dieser lautet: Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die in Folge des Verzuges nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Im Entwurf I § 561 Satz 1 lautete die entsprechende Bestimmung: Kommt der Dienstberechtigte in Verzug der Annahme der Dienste, so hat der Dienstverpflichtete für die Dauer des Verzugs Anspruch auf die vertragsmäßige Vergütung, ohne ꝛc. Wie die Motive II S. 461 flg. ergeben, hat der erste Entwurf den für die Sachmiethe angenommenen Grundsatz auch für den Dienstvertrag gebilligt, daß die Vorleistungspflicht des Dienstleistenden erfüllt ist, wenn er zur Dienstleistung im Stande ist und sich bereit erklärt hat. Wenn im § 561 Satz 1 des Entwurfs I (§ 615 Satz 1 des Gesetzes) vom Annahmeverzug des Dienstberechtigten die Rede ist, so ist damit nicht mehr und nichts Anderes gesagt, als daß der Dienstleistende zur Dienstleistung im Stande gewesen sein und sich bereit erklärt haben muß. Denn eine verschuldete Nichtannahme ist nicht Voraussetzung des Annahmeverzugs des Gläubigers. Es gehört dazu nicht einmal eine Annahmeverweigerung, sondern es genügt die einfache Thatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung (§§ 293, 294 des Deutschen B.G.B.'s — die Ausnahme des § 299 wird hier kaum in Betracht kommen können; vergl. auch Motive II S. 68 flg.).

Dasselbe sagt § 1239 des Sächs. B.G.B.'s mit den Worten: Der Dienstberechtigte ist verpflichtet, die Gegenleistung zu entrichten, selbst wenn er von den Diensten keinen Gebrauch macht, vorausgesetzt, daß der Dienstleistende zu den Diensten bereit war.

Hiernach kann die Begründung des Anspruchs des mit festem nach Zeitabschnitten bemessenen Gehalt angestellten Handlungscommis gegen seinen Prinzipal, der von seinen Diensten keinen Gebrauch gemacht und ihn nicht beschäftigt hat, keinerlei Schwierigkeit machen. Er fordert am Schluß des Monats den vereinbarten Monatsgehalt, also die Vertragsleistung, und braucht im Streitfall nur zu beweisen, daß er zur Leistung der ihm vertragsmäßig obliegenden Dienste im verflossenen Monat im Stande war und sich bereit erklärt hat.

2. Bei andern Dienstverträgen bemißt sich die vom Dienstberechtigten zu zahlende Gegenleistung nach den geleisteten Diensten. Hier könnte die Meinung auftauchen — und wird in der That vielfach vertreten — daß in diesen Fällen die wirkliche Leistung der Dienste Voraussetzung des Anspruchs auf die Gegenleistung ist, daß also, wenn keine Dienste geleistet worden sind, ein Anspruch auf die vertragsmäßige Leistung nicht besteht, sondern nur ein Schadenersatzanspruch, wenn der Dienstberechtigte durch schuldhaftes vertragswidriges Verhalten die Leistung der Dienste vereitelt hätte. Mit dieser Meinung würde man aber weder dem Wesen des Dienstvertrags, noch den gesetzlichen Bestimmungen in § 1239 des Sächs. und § 615 des Deutschen B.G.B.'s gerecht. Der Dienstpflichtige hat auf Grund des Vertrags die Gegenleistung zu fordern, dafern er nur seiner-

seits den Vertrag erfüllt hat. Seine Verpflichtungen aus dem Dienstvertrag sind nicht dadurch andere geworden, daß die ihm zukommende Vergütung statt nach Zeitabschnitten auf andere Weise bestimmt wird. Er hat also bei Leistungsbereitschaft und Leistungsangebot auch in diesem Fall den (durch vorgängige reelle Leistung der Dienste nicht bedingten) Anspruch auf die Gegenleistung. Freilich fehlt es hier, falls seine Dienste nicht angenommen wurden, an einem Maßstabe zur unmittelbaren Berechnung der Höhe der Gegenleistung, wie er in den unter 1. behandelten Fällen in den Zeitabschnitten gegeben ist. Indessen sind die Schwierigkeiten nicht unüberwindlich und liegen nicht sowohl in thesi, als in praxi. Man nehme an, ein Handlungsgehilfe ist in der Weise angestellt, daß er für den Prinzipal als Reisender Verkaufsgeschäfte vermitteln und für jedes von ihm vermittelte Geschäft eine bestimmte Summe erhalten soll. Während des ersten Monats entwickelt er die vereinbarte Thätigkeit, im folgenden nimmt der Prinzipal die von ihm angebotene Thätigkeit, zu reisen und zu vermitteln, nicht an. In beiden Monaten hat der Handlungsgehilfe den Dienstvertrag erfüllt und deshalb den Anspruch auf die Gegenleistung erworben. Die Klage hat er für den ersten Monat dahin zu begründen, daß er für den Prinzipal x-Geschäfte vermittelt und daher x. y-Mark zu beanspruchen habe. Eine ganz gleichartige Begründung ist für den zweiten Monat natürlich ausgeschlossen. Da aber die Dienstleistungen nicht die Bedingung des Anspruchs auf die Gegenleistung sind, sondern nur den Maßstab zur Berechnung der Höhe der Gegenleistung bilden, so ist hier für diese ein anderer Maßstab zu suchen, der sich am einfachsten und sachgemäßesten in der Weise darbietet, daß man zu Grunde legt, welche Geschäfte der Reisende im zweiten Monat vermittelt haben würde, wenn der Prinzipal seine Dienste benutzt hätte. Der Anspruch verwandelt sich deshalb noch keineswegs in eine Schädenforderung. Das was ihm zu gewähren ist, bleibt die vertragsmäßige Leistung des Dienstberechtigten. Selbstverständlich ist ein strikter Beweis hier ausgeschlossen, daß der Reisende eine bestimmte Anzahl Geschäfte vermittelt haben würde, und so kann die Ermittelung der Höhe der Gegenleistung praktisch zu großen Schwierigkeiten führen.

3. Etwas anders liegt die Sache bei Anstellung von Reisenden gegen einen bestimmten Gehalt und Reisespesen. Ein Theil der letzteren hat regelmäßig nicht den Charakter der Gegenleistung für die Dienste, sondern der Ersatzleistung für die bei Leistung der Dienste dem Reisenden erwachsenden Aufwendungen. Dagegen gehört im Zweifel ein anderer Theil der ihm zustehenden Reisespesen zu der ihm gebührenden Gegenleistung und zwar regelmäßig derjenige Betrag, den er zu seinem Lebensunterhalt für die Zeit aufwenden muß, während deren er diesen Unterhalt aus den Spesen zu bestreiten vertragsmäßig berechtigt ist,

vergl. Sächs. Archiv 1896 S. 313, O.L.G. Dresden.

Wird solchenfalls der Handlungsgehilfe vom Prinzipal zum Reisen nicht verwendet, so entfällt natürlich sein Anspruch auf den Theil der Reisespesen, der nur zum

Ersatz von — nicht entstandenen — Auslagen dienen sollte; es verbleibt ihm aber der Anspruch auf die vertragsmäßige Gegenleistung, d. h. auf den Gehalt und den zu ihr gehörenden Theil der Spesen. Die soeben angezogene Entscheidung des O.L.G.'s Dresden scheint den Anspruch auf diesen Theil der Spesen des Reisenden, den der Prinzipal nicht hat reisen lassen, als Schädenanspruch anzusehen. Denn sie sagt (a. a. O. S. 314): Wenn und soweit der Reisende vertragwidrig vom Reisen zurückgehalten oder wenn er vorzeitig entlassen wird, liegt für ihn eine Schädigung vor, insofern er nunmehr seinen Lebensunterhalt mit eigenem Gelde bezahlen muß; und weiter: Wie schon hervorgehoben, ist zur Begründung des jetzt geltend gemachten Anspruchs nothwendig, daß der Reisende vertragswidrig am Reisen verhindert worden ist.

Meines Erachtens ist das nicht richtig. Zu seiner Klage brauchte der Reisende nur anzuführen, daß er für die in Frage kommende Zeit zur Ausführung von Geschäftsreisen engagirt und daß er hierzu im Stande war und sich bereit erklärt hat. Eine Schädigung liegt für ihn auch nicht in der Nichtannahme seiner Dienste durch den Prinzipal, weil ja nach § 1239 die Nichtannahme seiner Dienste seinen Anspruch auf die Gegenleistung unberührt läßt, zu welcher, wie an mehreren Stellen des Urtheils betont wird, der Spesentheil gehört.

In klarer, jeden Zweifel ausschließender Weise ordnet § 615 des deutschen B.G.B.'s die soeben besprochene Frage, indem er allgemein bestimmt, daß der Dienstberechtigte, wenn er im Annahmeverzug sich befindet, für die in Folge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Gegenleistung zu geben hat.

4. Entsprechend sind natürlich die Dienstverträge zu beurtheilen, bei denen die bisher besprochenen Arten der Bestimmung der Gegenleistung kombinirt sind.

Die bisherigen Betrachtungen waren nothwendig, um eine sichere Grundlage zu gewinnen für die Beantwortung der an die Spitze dieses Abschnitts gestellten Frage und insbesondere der Frage, ob der nicht gerechtfertigte einseitige Rücktritt vom Vertrag die Beendigung des Vertragsverhältnisses (ebenso wie der berechtigte Rücktritt nach den Ausführungen unter II) herbeiführt. Diese Frage ist zu verneinen.[4])

Die gegentheilige Meinung will dem vertragstreuen Theile statt des Anspruchs auf Vertragserfüllung nur einen Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung einräumen. Man führt an, daß, wenn ein Prinzipal den Kommis grundlos entläßt, der Anspruch des Letzteren auf die vertragsmäßigen Bezüge für die Zukunft deshalb in Wegfall kommen muß, weil sich diese als unmittelbare Gegenleistung seiner Dienste darstellen und die Leistung der Dienste zur Voraussetzung haben. Aber diese Begründung ist, wie gezeigt, unzutreffend und zwar

[4]) Anders das preußische Landrecht. Dieses gewährt dem Dienstherrn das freie Rücktrittsrecht, vorbehaltlich seiner Entschädigungspflicht, vergl. §§ 408, 409 A.L.R. I. 5.

auch in dem Falle, wo die Gegenleistung mit der Dienstleistung dergestalt verquickt ist, daß diese den Maßstab für jene unmittelbar abgibt. Es ist also gegenüber dem oben entwickelten Verhältniß zwischen Diensten und Gegenleistung nicht für richtig anzuerkennen, daß nach den Gesetzen der Denklehre der einseitige Rücktritt vom Vertrag die Beseitigung der Vertragspflichten des Zurücktretenden für die Zukunft zur Folge haben müsse. Dies trifft auch in dem entgegengesetzten Fall nicht zu, wenn der Handlungsgehilfe seinen Platz im Comtoir ungerechtfertigter Weise verläßt. Unrichtig ist es, wenn behauptet wird, der Prinzipal habe kein Mittel in den Händen, ihn zur Leistung der Dienste zu zwingen, weil sich die Dienste, wenn sie nicht freiwillig geleistet würden, nicht erzwingen ließen und insbesondere ein passiver Widerstand nicht gebrochen werden könne. Es kann zugegeben werden, daß praktisch das Recht des Prinzipals auf Vertragserfüllung gegenüber dem grundlos wegbleibenden Kommis sehr häufig werthlos ist, aber zweifellos erlischt dieses Recht nicht naturnothwendig mit der Erklärung des Kommis, daß er den Vertrag fortan nicht mehr erfüllen werde.

Ebensowenig lassen sich für jene Meinung die Nürnberger Protokolle der Kommission zur Vorberathung eines A.D.H.G.B.'s verwerthen. Dort heißt es Bd. I S. 102: „Schließlich wurde von einer Seite beantragt, im Gesetz zu bestimmen, was die rechtliche Folge sei, wenn ein Prinzipal oder ein Gehilfe den Dienstvertrag vorzeitig auflöst. Die Versammlung hielt aber dafür, daß eine ausreichende Festsetzung der in einem solchen Falle bestehenden Entschädigungspflicht unerreichbar sei." In der nächsten Sitzung wurde folgender Antrag (Anl. A S. 112) eingebracht: „Da die Fälle eigenmächtiger Entlassung aus dem Dienste resp. eigenmächtiger Verlassung desselben häufig vorkommen, auch nicht abzusehen ist, weshalb das A. D. H.G.B. darüber nichts aufnehmen will, wiederhole ich meine Proposition:

§ 63. Der Prinzipal, welcher den Handlungsgehilfen ohne genügende Gründe außer der Zeit entläßt, hat ihm das Gehalt für das laufende und für ein ferneres Vierteljahr zu ersetzen.

§ 64. Der Handlungsgehilfe, welcher ohne genügende Ursache vor der Zeit den Dienst verläßt, hat dem Prinzipal das Gehalt des laufenden Vierteljahrs und dazu noch das eines Vierteljahrs zu ersetzen." Dieser Antrag wurde wiederum abgelehnt (S. 108).

Es ist gar nicht zu verkennen, daß dieser Antrag und die in den Protokollen wiedergegebenen Aeußerungen sich auf dem Boden der Anschauung bewegen, daß auch der unberechtigte Rücktritt den Dienstvertrag auflöst, den Anspruch auf Vertragserfüllung beseitigt und nur Ansprüche auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung übrig läßt. Allein man darf nicht vergessen, daß es sich hier um gesetzgeberische Erwägungen handelt, die nicht zu einer ihnen entsprechenden Gesetzesvorschrift geführt haben. Für die Auslegung des bestehenden bürgerlichen Rechts dürfen sie nicht verwerthet werden. De lege ferenda würde sich vielleicht darüber sprechen

lassen, ob es in Anbetracht der besonderen Natur des Dienstvertrags nicht zweckmäßig wäre, jeden Theil schlechthin zum einseitigen Rücktritt, zur sofortigen Aufhebung des Vertrags (vorbehaltlich etwaiger Schädenansprüche des anderen Theils) zu berechtigen. Aber wenn man auch zugeben wollte, daß diese Regelung vernünftig wäre, so kommt es doch allein darauf an, ob das bestehende Recht diesen für vernünftig gehaltenen Rechtssatz enthält. Das aber muß mit aller Entschiedenheit verneint werden.[5])

Die Rechtsordnung wird von dem grundlegenden Satze beherrscht, daß Niemand sich einseitig von den vertragsmäßig übernommenen Verpflichtungen lossagen kann, sofern nicht eine besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dazu ermächtigt. Diesen Satz spricht das Sächs. B.G.B. im § 864 aus, vergl. auch Siebenhaar, a. a. O. Bd. II S. 287 zu § 1233. Auch das deutsche B.G.B. hat ihn nicht aufgegeben, wenn schon es ihn nicht mit ausdrücklichen Worten zum Ausdruck gebracht hat. Der erste Entwurf enthielt ihn im § 360: Erfüllt der eine Vertragschließende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig vom Vertrag zurückzutreten, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein Anderes bestimmt ist. Es versteht sich von selbst, daß, wenn nicht einmal die Nichterfüllung des Vertrags Seiten des Vertragsgenossen zum Rücktritt berechtigt, der einseitige Rücktritt erst recht ausgeschlossen ist, wenn der andere Theil erfüllungsbereit ist.[6])

Der einseitige Rücktritt wird also von der Rechtsordnung nur dann respektirt (mit der Wirkung, daß der Vertrag für die Zukunft als erloschen gilt und kein Vertragstheil für die Zukunft Erfüllung fordern kann), wenn er vertragsmäßig vorbehalten oder durch gesetzliche Bestimmung gestattet ist.[7]) Soweit nicht Verabredung oder Gesetz ihn zuläßt, bleibt es bei dem Vertrag. Insbesondere bleiben die Vertragspflichten des Zurücktretenden für die Zeit bis zur gesetzmäßigen Aufhebung desselben unberührt. Damit ist nicht gesagt, daß die Rücktrittserklärung jeder Rechtswirkung entbehre. In der des Dienstberechtigten liegt die Annahmeverweigerung rücksichtlich der Dienste des anderen Theils, dergestalt, daß dieser für die Zukunft von dem thatsächlichen Angebot seiner Dienste befreit ist (Sächs. B.G.B. § 748, deutsches B.G.B. § 295). Insofern in ihr der Wille zum Ausdruck gelangt ist, den Vertrag zu lösen, kann sie die Kündigungs-

[5]) Es ist hier vom Sächsischen und Deutschen bürgerlichen Recht die Rede!

[6]) Einseitiges Rücktrittsrecht z. B. in den Fällen §§ 283, 286 Abs. 2, 326 des Deutschen B.G.B.'s.

[7]) So sagen z. B. Mot. II S. 468 zu § 566 Entw. I: „Für den Dienstvertrag sind besondere Vorschriften nöthig, welche in Abweichung von den für die Verträge geltenden allgemeinen Grundsätzen beiden Theilen das Recht verleihen, noch vor Ablauf der Dienstzeit vom Vertrage unter gewissen Voraussetzungen für die Zukunft sich los zu sagen." Auch diese Ausdrucksweise verbietet die Annahme, daß eine Lossagung vom Dienstvertrag schlechthin möglich sei.

frist in Lauf setzen und auf diesem Wege zur Auflösung des Vertrags führen. Eine sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses findet aber nicht statt. Hieraus ergibt sich Folgendes:

a. Tritt der Prinzipal ohne rechtfertigenden Grund einseitig zurück (einseitige Entlassung des Handlungsgehilfen), so wirkt seine Erklärung einmal als Kündigung des Vertrags, vorausgesetzt, daß eine Kündigung überhaupt zulässig ist. Sie wirkt ferner als Verweigerung der Annahme der Dienste des Handlungsgehilfen. Dieser genügt fortan seiner Vertragspflicht, wenn er sich zu den Dienstleistungen bereit hält. Sein Anspruch auf die Gegenleistung bleibt nach wie vor derselbe. Er dauert fort, bis die Beendigung des Dienstverhältnisses in gesetzmäßiger Weise eingetreten ist.[8] [9]) Diese kann dadurch geschehen, daß er sich mit der vorzeitigen Entlassung einverstanden erklärt. Diesfalls löst sich der Vertrag mutuo dissensu. Als eine solche Einverständnißerklärung ist es aber nicht schon anzusehen, wenn der Kommis, dem der Prinzipal „die sofortige Beendigung des Dienstverhältnisses ankündigt und das fernere Betreten der Geschäftsräume untersagt", dieser Weisung widerspruchslos Folge leistet (vergl. Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 2 S. 285).

Die Höhe der dem Entlassenen zukommenden Gegenleistung ist in den oben unter III. 1 besprochenen Fällen nach den in Frage kommenden Zeitabschnitten, in den Fällen III. 2 nach Maßgabe der Dienste zu berechnen, die nach richterlichem Ermessen der Dienstleistende verrichtet haben würde, wenn der Prinzipal sie angenommen hätte.

b. Tritt der Handlungsgehilfe grundlos einseitig zurück, so hat zunächst die Rücktrittserklärung gleichfalls die Wirkung einer Vertragsaufkündigung, falls diese zulässig ist. Auch er wird durch den Rücktritt nicht frei von seiner Vertragspflicht (d. i. zur Leistung der übernommenen Dienste). Im übrigen sind aber die Rechtsfolgen hier wesentlich andere wie im Falle a. Mit dem Rücktritt verneint er seine fernere Leistungsbereitschaft und damit die Voraussetzung seines Anspruchs auf die Gegenleistung, deren er in Folge dessen insoweit verlustig geht, als sie auf die nicht geleisteten Dienste entfällt. Indem er mit seinen Vertragsleistungen in Verzug geräth, macht er sich schadenersatzverbindlich (Sächs. B.G.B. § 740, deutsches B.G.B. § 286 Abs. 1). Der Dienstherr kann also von ihm Fortsetzung der Dienste bis zur gesetzmäßigen Beendigung des Dienstverhältnisses

[8]) Dies ist sehr wichtig, wenn der Prinzipal in Konkurs verfällt. Nach der hier vertretenen Meinung genießt er das Vorzugsrecht des § 54 Z. 1 der K.O., während ihm die Anhänger der Schadenersatztheorie dieses versagen müssen.

[9]) Der Dienstberechtigte kann einen verhältnißmäßigen Abzug machen, wenn der Dienstleistende dadurch, daß er die Dienste nicht geleistet hat, etwas erspart oder anderweit etwas durch Dienstleistungen erworben hat, was er außerdem nicht erworben haben würde. So das Sächs. B.G.B. § 1239 S. 2. Aehnlich Deutsches B.G.B. § 615 S. 2. Beweispflichtig ist im Streitfall der Dienstberechtigte. Anderweite Dienste zu suchen, ist der Dienstpflichtige nicht verbunden. (vergl. Cosack, Lehrb. des Handelsrechts, 2. Aufl. § 18 S. 71).

fordern, soweit er dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt, die Gegenleistung zurückhalten und Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die Nichtleistung der geschuldeten Dienste erwächst.

Die einseitige, gesetzlich nicht gebilligte Rücktrittserklärung ist widerruflich. Der Widerruf hat die Bedeutung, daß sich der Rücktretende wieder auf den Boden des Vertrags stellt. Der Prinzipal, der die unberechtigte Entlassung des Kommis zurücknimmt, erklärt sich damit zur Annahme der Dienste bereit und nöthigt hiermit den Kommis zum thatsächlichen Angebot derselben. Der unberechtigt weggelaufene Kommis findet sich wieder ein und erfüllt die vertragmäßig ihm obliegenden Dienste, wodurch er den Anspruch auf die Gegenleistung (bezw. den entsprechenden Theil derselben) erwirbt, natürlich vorbehaltlich seiner Haftung für die inzwischen verursachten Schäden. Damit soll aber nicht gesagt sein, daß sich der vertragstreue Theil den Widerruf des Rücktritts Seiten des vertragbrüchigen Theils unter allen Umständen gefallen lassen müßte. In dem vertragswidrigen Verhalten (unberechtigtem Rücktritt) kann je nach Lage der Sache ein wichtiger Grund zu finden sein, der den vertragstreuen Theil zum einseitigen Rücktritt nach Maßgabe von Art. 62 flg. des H.G.B.'s berechtigt und dessen Geltendmachung die unter II besprochenen Rechtswirkungen hat.

Die bisherigen Darlegungen unter II und III ergeben folgende Sätze:

1. Der berechtigte einseitige Rücktritt vom Vertrag hebt das Dienstverhältniß für die Zukunft auf und beseitigt das Recht der Betheiligten auf fernere Vertragserfüllung.

2. Auch beim berechtigten Rücktritt ist die Entstehung eines Schadenersatzanspruchs denkbar, und zwar ist derjenige Vertragstheil dem andern schadenersatzpflichtig, der den Grund zum Rücktritt durch schuldhaftes vertragwidriges Verhalten oder eine an sich rechtswidrige Handlung herbeigeführt hat.

3. Wenn der Rücktrittsgrund durch einen Zufall herbeigeführt worden ist, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung.

4. Der unberechtigte einseitige Rücktritt vom Vertrag hat die unter 1 bezeichnete Wirkung nicht. Insbesondere bleiben die Vertragspflichten des Zurücktretenden unberührt. Der vertragstreue Theil behält seine Ansprüche aus dem Dienstvertrag fort bis zur gesetzmäßigen Beendigung desselben.

5. Der unberechtigte einseitige Rücktritt kann für den vertragstreuen Theil ein wichtiger Grund zum berechtigten Rücktritt werden.

Es bedarf kaum noch der Hervorhebung, daß diese Sätze auch für den Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts gelten, von welchem ein Vertragstheil einseitig zurückgetreten ist, sowie daß die Sätze 4 und 5 auch dann Anwendung zu finden haben, wenn der unberechtigt zurücktretende Theil für seinen Rücktritt einen wichtigen Grund zu haben glaubt. Denn er kann ihn nur auf seine eigene Gefahr geltend machen. Wird der Grund vom Richter verworfen, so muß er sich so behandeln lassen, als wenn er überhaupt keinen Grund gehabt hätte.

IV.

Es soll nun noch wenigstens kurz erörtert werden, wie sich die Regelung der angeregten Zweifelsfragen nach der Gewerbeordnung gestaltet; bezüglich der unter dieses Gesetz fallenden Dienstverhältnisse sollen jedoch nur diejenigen der Gewerbegesellen und -gehilfen (Titel VII unter II) und der Betriebsbeamten, Werkmeister, Techniker (Titel VII unter III a) besprochen werden, da für die Dienstverhältnisse der Fabrikarbeiter und der gewerblichen Lehrlinge (ebenso für die der Handlungslehrlinge) besondere Gesichtspunkte in Betracht kommen.

1. Für sie ist in § 124 a und § 133 b der gemeinsame Grundsatz aufgestellt, daß jeder Vertragstheil aus wichtigen Gründen vor Ablauf der vertragmäßigen Zeit und ohne Innehaltung einer Kündigungsfrist die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses verlangen kann (bei den Gewerbegehilfen unter der Voraussetzung, „daß das Arbeitsverhältniß mindestens auf eine Woche oder daß eine längere als 14tägige Kündigungsfrist vereinbart ist"). Die §§ 123, 124 und 133 c, 133 d enthalten (ähnlich wie Art. 63 und 64 des H.G.B.'s) die Aufzählung von Beispielsfällen. Die generellen Bestimmungen der §§ 124 a und 133 b sind wie die Vorschriften in §§ 133 a, 133 c, 133 d, 133 e erst durch die Novelle vom 1. Juni 1891 (R.G.Bl. 1891 S. 261 flg.) in die Gewerbeordnung eingefügt worden. Speziell die Bestimmungen der §§ 133 a bis 133 e verdanken ihre Entstehung dem Bestreben der Betriebsbeamten, es möchten ihre Verhältnisse in der Weise geregelt werden, daß die Art. 57—64 des H.G.B.'s auf sie für anwendbar erklärt würden,

vergl. Motive zur angez. Novelle bei Landmann, Reichs-Gew.O., Bd. II, S. 899.

Diesen Bestrebungen ist insoweit stattgegeben worden, als in Anlehnung an die Vorschriften des H.G.B.'s Art. 60—64 die Kündigung des Dienstverhältnisses (§ 133 a) und die Fälle geregelt worden sind, in welchen der eine oder andere Theil ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses herbeizuführen berechtigt ist (§§ 133 b—d). Hinzugefügt ist in § 133 e durch Verweisung auf §§ 124 b, 125 eine Vorschrift über die Rechtsfolgen des Vertragsbruchs. Unzweifelhaft ist man hiernach berechtigt, für die Auslegung dieser Vorschriften die Grundsätze anzuwenden, welche für das H.G.B. Art. 62 flg. Giltigkeit haben, sofern sich nicht aus der Gewerbe-Ordnung selbst etwas Abweichendes ergiebt. Für die Vorschriften der §§ 133 a ist das ganz entschieden zu verneinen; man wird daher auch für diese Arbeitsverhältnisse nicht das Erforderniß aufstellen dürfen, daß der Aufhebungsgrund in der Person des anderen Theils liegen müsse. Hieraus folgt aber weiter, daß der Gesetzgeber unmöglich mit dem gleichen Wortlaut, den er in der gleichzeitig geschaffenen Bestimmung des § 124 a gebraucht hat, einen andern Sinn verbunden haben kann. Das ist umsoweniger anzunehmen, als § 124 Z. 1 ein Beispiel enthält, wo der Aufhebungsgrund in der Person desjenigen liegt, der ihn geltend machen darf. Es ist daher

auch für diese Dienstverträge an dem Satze festzuhalten, daß ein zur Vertragsaufhebung berechtigender Grund auch ein zufälliges Ereigniß sein kann, das den vom Vertrag zurücktretenden betroffen hat. Mit Recht hebt daher Landmann a. a. O. S. 875 als Beispiele solcher wichtiger Gründe hervor: Todesfälle oder schwere Erkrankungen in der Familie des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers, Eintritt eines Unglücksfalls, falls dadurch der Fortbetrieb der Fabrik gehindert wird u. s. w. Es sind dabei natürlich immer die begleitenden Umstände in Betracht zu ziehen und es ist mit Rücksicht auf die Sitte des Verkehrs zu prüfen, ob nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes die sofortige Aufhebung des Vertrags gerechtfertigt wird.

2. Auch die Rechtsfolge des berechtigten und unberechtigten Rücktritts ist die gleiche, wie bei den handelsrechtlichen Verträgen. In dieser Beziehung vertritt Landmann eine abweichende Ansicht, insofern er der Meinung ist, daß der berechtigte Rücktritt vom Vertrag das Dienstverhältniß stets und unter allen Umständen dergestalt löst, daß auch kein Schädenanspruch übrig bleibt,

vergl. a. a. O. § 123 Anm. 2 S. 868, § 124 Anm. 2 S. 873, § 124 a Anm. 2 c S. 875, § 133 b Anm. 2 d S. 904 flg.

So sagt er S. 868: der Arbeitgeber, der einen Gehilfen auf Grund des § 123 entläßt, verzichtet hiermit auf die Leistung der Arbeit und kann daher auch einen Entschädigungsanspruch gegen den Arbeiter selbst dann nicht erheben, wenn dieser die Entlassung verschuldet. Die Richtigkeit dieser Folgerung wird ihm aber an anderer Stelle (§ 133 b Anm. 2 b) selbst zweifelhaft. Zur Begründung seiner Ansicht führt er S. 873 (zu § 124[1]) an: „Hätte hier das Gesetz dem Arbeitgeber einen Entschädigungsanspruch nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten wollen, wie ein solcher in dem analogen Falle des § 123 Z. 8 durch § 123 S. 3 dem Arbeiter vorbehalten worden ist, so hätte dies im Gesetz ausdrücklich gesagt werden müssen". Man darf hiernach annehmen, daß er seine Ansicht lediglich aus der Vorschrift des § 123 Abs. 3 herleitet. Seine Schlußfolgerung ist aber nicht zutreffend. In § 123 Abs. 3 handelt es sich um die Entlassung eines Arbeiters, der zur Fortsetzung der Arbeit unfähig geworden oder mit einer abschreckenden Krankheit behaftet ist. Alle übrigen Beispiele des § 123 (unter 1—7) betreffen Aufhebungsgründe, die vom Arbeiter verschuldet sind. Daß in diesen Fällen der Arbeiter, soweit seine, durch sein schuldhaftes Verhalten nothwendig gewordene Entlassung dem Arbeitgeber Schaden verursacht, diesem haftpflichtig wird, ist eine selbstverständliche Folge allgemeiner Rechtsgrundsätze. Das brauche nicht erst ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Im Gegentheil hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft, wenn das Gesetz den Arbeitgeber hätte vor die Alternative stellen wollen, entweder den böswilligen Arbeiter in der Arbeit zu behalten oder aber ihn zu entlassen und den hierdurch entstehenden Schaden ersatzlos auf sich zu nehmen. Für die Fälle des § 123 Z. 8 konnte es dagegen zweifelhaft sein, ob das Gesetz dem Arbeitgeber das Recht ein-

räumt, die Aufhebung des Vertrags dergestalt herbeizuführen, daß er dem Arbeiter auch nicht ersatzpflichtig wird. Für diesen Fall hat deshalb das Gesetz in § 123 Abs. 3 den für § 123 Z. 1—7 selbstverständlichen Satz ausgesprochen, daß die Wirkungen der Vertragsaufhebung, insbesondere etwaige Schadenersatzverbindlichkeiten nach den allgemeinen Vorschriften zu beurtheilen sind. Der gleiche Satz gilt natürlich auch für die Fälle der §§ 124, 124 a, 133 b, 133 c, 133 d und deshalb sind die Bemerkungen Landmanns dahin richtig zu stellen: Beim berechtigten Rücktritt vom Vertrag besteht auch nach der Gewerbeordnung eine Schadenersatzverbindlichkeit gegen denjenigen, der den Grund zum Rücktritt schuldhaft herbeigeführt hat, gleichviel ob er selbst oder sein Vertragsgenosse den Rücktritt erklärt.

Soviel den unberechtigten Rücktritt vom Arbeitsvertrag anlangt, so finden die unter III entwickelten Grundsätze eine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung in den §§ 124 b, 133 e. Hier wird eine bestimmte, vom Nachweis eines Schadens nicht abhängige Entschädigung dem vertragstreuen gegen den vertragsbrüchigen Theil zugesprochen und weiter verordnet: durch ihre Geltendmachung wird der Anspruch auf Erfüllung des Vertrags und auf weiteren Schadenersatz ausgeschlossen. Hieraus folgt, daß, wenn der vertragstreue Theil diesen, ihn des Beweises eines Schadens enthebenden Anspruch nicht geltend machen will, er trotz des einseitig erklärten Rücktritts die fernere Erfüllung des Vertrags und Ersatz für die durch den Verzug des andern Theils ihm verursachten Schäden fordern darf. Dies führt zu dem unter III gewonnenen Ergebniß auch für diese gewerberechtlichen Dienstverträge.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Vertragsanerbieten, Rechtzeitigkeit der Annahme (Art. 318, 319, 275 des H.G.B.'s, §§ 817, 816 Satz 2 60 des B.G.B.'s)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 23. Oktober 1894. O. III. 38/94.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen des zweitinstanzlichen Urtheils, durch das in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz die auf Bezahlung von 2300 ℳ gerichtete Klage des Konkursverwalters abgewiesen wurde:

Es ist unbestritten, daß der Beklagte am 30. März 1893 dem Kläger, Rechtsanwalt X, auf dessen Expedition erklärt hat, er wolle für die zum Konkurse N.'s gehörige Hypothekenforderung von 3000 ℳ sammt Anhang einen Kaufpreis von 2300 ℳ zahlen, und daß er der Bemerkung des Klägers (des Verwalters in diesem Konkurse), er könne nicht sofort abschließen, er müsse vielmehr erst mit den

in Chemnitz wohnenden (drei) Hauptgläubigern N.'s Rücksprache nehmen, keinen Widerspruch entgegengesetzt hat.

Schon diese Thatsachen genügen zu der Annahme, daß das Anerbieten des Beklagten auch nach der Beendigung dieser Zusammenkunft von dem Kläger hat angenommen werden können. Nach § 817 des B.G.B.'s würde dies nicht zweifelhaft sein, da diese Gesetzesvorschrift bei der Allgemeinheit des gewählten Ausdruckes auch auf das Anerbieten unter Gegenwärtigen zu beziehen ist. Aber auch Art. 318 des H.G.B.'s, zu dessen Anwendung die Kaufmannseigenschaft auch nur des Beklagten (Art. 277, 273, 274) und die Erwägung führt, daß Hypothekenforderungen nicht zu den unbeweglichen Sachen zu rechnen sind (§ 60 des B.G.B.'s) und bei der Ueberlassung einer solchen Forderung diese letztere, nicht aber das verpfändete Grundstück den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildet, mithin Art. 275 nicht einschlägt, (Entscheidungen des R.O.H.G.'s Bd. II Seite 44, Entscheidungen des R.G.'s Bd. I Seite 259), will das Erlöschen des unter Gegenwärtigen gestellten Antrags (Anerbietens) bei nicht sofortiger Annahme desselben nicht als eine gesetzliche Fiktion aufstellen, sondern läßt auch die Gestaltung zu, daß der Antragende (Anbietende) trotz der unterbleibenden sofortigen Annahmeerklärung des anderen Theiles seinen Antrag fortwirken lassen will, Entscheidungen des R.O.H.G.'s Bd. III Seite 117 Bd. VIII Seite 399). Das ist in dem vorliegenden Falle auf Seiten des Beklagten anzunehmen, selbst wenn er nicht, wie von dem Kläger unter Eideszuschiebung behauptet worden ist, ausdrücklich erklärt haben sollte, er halte sich vorläufig an seinen Antrag gebunden. Denn schon das passive Verhalten des Beklagten gegenüber der bereits wiedergegebenen Erklärung des Klägers, durch welche dieser seine Geneigtheit zum Abschlusse zu erkennen gegeben und auf das alleinige Hinderniß der sofortigen Annahme hingewiesen hatte, konnte der Kläger nur in dem Sinne verstehen, daß der Beklagte ihm die zur Beseitigung dieses Hindernisses erforderliche Frist zur Abgabe seiner Annahmeerklärung einräumen wolle; dies um so mehr, als der Beklagte schon von vornherein erwarten konnte, daß der Kläger, da seit der Konkurseröffnung erst 5 Tage verflossen waren, nicht sofort und auf eigne Faust über die fragliche Hypothekenforderung verfügen, wenigstens sie nicht zu einem Preise hergeben würde, welcher den bei Eintreibung der Forderung im Konkurse des Schuldners beziehentlich in dem Zwangsversteigerungsverfahren zu erwartenden Betrag von 80 Prozent (= 2400 ℳ) nicht erreichte, und daß ferner der Kläger an die von ihm um ihre Zustimmung zu befragenden Hauptgläubiger des von ihm verwalteten N.'schen Konkurses nur mit einem annahmefähigen Angebote würde herantreten wollen.

Die ihm hiernach verwilligte Frist hat nun freilich der Kläger nicht innegehalten. Es ist bei dem Beklagten, einem Kaufmanne, im Zweifel anzunehmen, daß er nicht eine längere Frist habe gewähren wollen, als der Kläger zur Einholung der Genehmigung der Hauptgläubiger bedurfte, wenn seine Anfrage an dieselben, ihre Antwort und die Mittheilung der Antwort an den Beklagten mit der im

Geschäftsverkehre eines Rechtsanwaltes so gut wie in demjenigen eines Geschäftsmannes vorauszusetzenden Pünktlichkeit erfolgten (Entscheidungen des R.O.H.G.'s Bd. VIII Seite 400). Zu dieser Annahme führt zwar nicht die auf das Verhältniß von Kaufleuten unter einander und vornehmlich auf den Waarenhandel passende Erwägung der vorigen Instanz, daß der Beklagte sich nicht länger als unbedingt nöthig der Gefahr habe aussetzen wollen, ein Opfer der Spekulation des Klägers zu werden, wohl aber die Erwägung, daß im kaufmännischen Erwerbsleben jeder Schwebezustand, insbesondere die Ungewißheit, ob die zur Abwickelung eines Geschäftes erforderlichen Geldmittel bereit gehalten werden müssen oder anderweit gewinnbringend verwendet werden können, lähmend wirken und die unentbehrliche Bewegungsfreiheit schmälern muß. Wieviel Tage hiernach dem Kläger zur Abgabe seiner Annahmeerklärung eingeräumt worden seien, braucht nicht mit der vorigen Instanz positiv festgestellt zu werden, es genügt vielmehr die negative Feststellung, daß die Absendung dieser Erklärung erst am 14. April 1893, also am 15. Tage nach dem Anerbieten nicht als fristgemäß angesehen werden kann; und hierzu führt nothwendig die Erwägung daß es sich nur um die Befragung dreier an demselben Orte wie der Kläger wohnenden Fleischer gehandelt hat und für diese Befragung, wenn sie brieflich erfolgte, nicht einmal die dazwischen fallenden Feier- und Sonntage (31. März, 2., 3. und 9. April) ein wesentliches Hemmniß zu bilden brauchten.

Gleichgültig ist, ob die Verzögerung in der Abgabe der Annahmeerklärung in Ereignissen ihren Grund gehabt hat, welche von dem Willen des Klägers unabhängig gewesen sind, oder ob sie auf ein Verschulden des Klägers zurückzuführen ist. Denn für die Bemessung der Frist ist beim Mangel einer bestimmten Zeitgrenze nur die aus den begleitenden Umständen zu ermittelnde Willensabsicht maßgebend, von welcher die Betheiligten bei ihrer Erwirkung und Bewilligung geleitet worden sind.

Die Folge der Nichteinhaltung der Frist seiten des Klägers regelt sich, da das H.G.B. den Fall der Fristbewilligung bei einem unter Gegenwärtigem gegemachten Vertragsanerbieten nicht besonders behandelt, nach § 816 2. Satz des unter diesen Umständen zufolge Art. 1 des H.G.B. anzuwendenden B.G.B. dahin, daß das Anerbieten von selbst und ohne daß es eines Widerrufs durch den Beklagten bedurft hätte, seine Kraft verlor. Und auch wenn man mit Puchelt (Bd. II Anm. 7 zu Art. 318 Seite 876 der 4. Auflage) und mit Anschütz und Völdernborff (Bd. III Anm. II 2. Absatz Ende zu Art. 318 Seite 217) auf diesen Fall der von dem Antrage unter Abwesenden handelnden Art. 319, 2. Absatz, analog anwenden und daher annehmen wollte, daß auch die erst nach dem Ablaufe der Bedenkzeit bei dem Antragenden eingehende Annahmeerklärung wirksam sei, sofern sie nur rechtzeitig, d. h. vor Ablauf der Bedenkzeit, abgesendet worden ist, würde man zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnisse deshalb nicht gelangen, weil eben schon die Absendung seiner Annahmeerklärung am

14. April als eine fristgemäße nicht angesehen werden kann. Auch bei Anwendung des Art. 319 also würde es nicht des angeblich von dem Beklagten durch den Kläger vor der Absendung der Annahmeerklärung mitgetheilten Rücktritts bedurft haben, um die Annahmefähigkeit des Anerbietens zu beseitigen; wie sich denn auch das weitere Eingehen auf die andere Frage von selbst erledigt, ob der Beklagte sein Anerbieten schon vor dem Ablaufe der dem Kläger eingeräumten Frist hätte widerrufen können, mit anderen Worten, ob das Anerbieten wie Art. 319[1] des H.G.B. mit den Worten „. . . bleibt der Antragende . . . gebunden" für den Antrag unter Abwesenden bestimmt als ein während dieses Zeitraumes unwiderrufliches oder als ein blos annahmefähiges, aber beliebig widerrufliches gemacht worden sei (Endemann, Handbuch des deutschen Handelsrechtes Bd II. § 245 letzter Absatz und § 246 unter I A 2, Seite 430 und 432 fg.).

Haftet der Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft aus eigenen Mitteln den Gläubigern dafür, daß sie aus dem Ertrage der Liquidation befriedigt werden? Gemeinschaftsverhältniß zwischen den Gläubigern einer Handelsgesellschaft? Kundgemachte stille Gesellschaft. (Art. 133, 137, 243, 202, 256 des H.G.B.'s, §§ 1547 flg., 765 des B.G.B.'s.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 11. Februar 1889. O. II. 122/88.

Der Kaufmann Richard H. war sowohl alleiniger Inhaber eines in Dippoldiswalde unter der Firma „W. W. Nachfolger" betriebenen Ausschnittgeschäfts, als im Vereine mit einem gewissen W. Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma „H. & Co." in Borna.

Auch der gegenwärtige Beklagte, Louis H., war bei dem letzteren Geschäfte mit einer Einlage von 45000 M als stiller Gesellschafter betheiligt.

Die Gesellschaft stand, gleich der Einzelfirma „W. W. Nachfolger" mit der Klägerin in Kontokorrentverkehre. Nachmals soll vereinbart worden sein, den geschäftlichen Verkehr beider Firmen auf dem Konto von „H. & Co." weiter zu führen.

Im Oktober 1886 hat sich die Firma H. & Co. aufgelöst. Die Liquidation ward von dem Beklagten geführt. Hierbei sollen alle Gläubiger, einschließlich des Letztern als stillen Gesellschafters, jedoch mit Ausnahme der Klägerin, volle Befriedigung erhalten haben.

Wegen ihres angeblichen Guthabens von 15194 M 20 ₰. sammt Zinsen nimmt sie jetzt mit der Klage den Beklagten persönlich in Anspruch. Hierbei bezog sie sich auf folgende Vorgänge:

In Folge eines Seiten der Firma „H. & Co." an ihre Gläubiger, darunter jedoch nicht mit an die Klägerin, gerichteten Rundschreibens vom 29. September 1886, fand am 2. Oktober 1886 eine Gläubigerversammlung statt, bei welcher aber die Klägerin nicht mit erschienen war. In der Versammlung kam

ein Vertrag zu Stande, inhalts dessen die Firma H. & Co. in Liquidation trat und die Liquidation durch den Beklagten geführt werden sollte. Derselbe verpflichtete sich, Schuldverbindlichkeiten unter 600 ℳ aus eigenen Mitteln zu bezahlen. Dagegen gewährten die Gläubiger, deren Forderungen sich auf mehr als 600 ℳ beliefen, Gestundung. Ihre Ansprüche sollten in vier Vierteljahrsraten im Laufe des Jahres 1887 voll getilgt werden. Dafür leistete der Beklagte den Gläubigern unter der Voraussetzung ihres Beitritts zu der Gestundung als Selbstschuldner Bürgschaft, verzichtete auch bis zu ihrer vollständigen Befriedigung auf Rückzahlung seiner Einlage. Der Rechtsanwalt Dr. R. sollte dem Liquidator gegenüber dieselben Funktionen ausüben, wie im Konkurse der Gläubigerausschuß.

Die Klägerin, welche einräumt, von diesen Abmachungen erst später von dritter Seite her Kenntniß erhalten zu haben, sieht gleichwohl jene Bürgschafts- und Rücktrittserklärung als an sie mit gerichtet an und will dieselbe durch stillschweigende Gestundungsertheilung und durch ihr sonstiges Verhalten thatsächlich angenommen haben. Sie leitet aber eine persönliche Haftpflicht des Beklagten ihr gegenüber auch daraus her, daß nach ihrer Auffassung die Liquidation als eine auch in ihrem Interesse erfolgte Geschäftsführung, und zwar im Verhältnisse zu ihr als eine solche ohne Auftrag, zu gelten habe. Endlich nimmt sie darauf Bezug, daß sowohl durch den Beklagten und die anderen Gesellschafter mündlich, als auch durch jenes Rundschreiben das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgethan worden sei.

Der Beklagte bestritt die Existenz einer Forderung der Klägerin an die Handelsgesellschaft „H. & Co." und seine eigene Haftpflicht.

Die in erster Instanz ausgesprochene Klagabweisung wurde bestätigt. Aus den Gründen:

1., Die nach einer Reihe verschiedener Gesichtspunkte zu prüfende Frage, ob sich eine persönliche Haftpflicht des Beklagten gegenüber der Klägerin begründen lasse, wäre zu verneinen, wenn der Beklagte nur in seiner Eigenschaft als Liquidator der offenen Handelsgesellschaft „H. & Co." im gesetzlichen Sinne in Betracht käme.

Der Liquidator einer solchen Gesellschaft steht zu deren Gläubigern nicht in einem derartigen unmittelbaren Rechtsverhältnisse, vermöge dessen er ihnen aus eigenen Mitteln dafür aufzukommen hätte, daß sie aus dem Ertrage der Liquidation befriedigt werden.

Bei einer Aktiengesellschaft nimmt der Liquidator eine andere Stellung ein. Zufolge der dieser Gesellschaftsform eigenthümlichen strengen Verantwortung der Vertretungsorgane, sowie mit Rücksicht auf die zwingende Natur des Liquidationsverfahrens, vergl. Art. 243 flg., 202 des Handelsgesetzbuchs in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884, wird sich eine unmittelbare Haftung des Liquidators gegenüber einem bei der Liquidation unbefriedigt gebliebenen Gläubiger denken lassen, vergl. die schon vor jenem Gesetze ergangenen Entscheidungen des

Reichsgerichts Bd. VII S. 106 flg. In den Artikeln 133 flg. des Handelsgesetzbuchs, welche die Liquidation der offenen Handelsgesellschaften behandeln, findet sich dagegen kein Anhalt für eine derartige Haftpflicht der Liquidatoren. Bei diesen Gesellschaften ist die Liquidation nur ein vom Gesetze an die Hand gegebenes Mittel zur Auseinandersetzung der Gesellschafter, an das dieselben jedoch nicht gebunden sind, an dessen Stelle sie vielmehr vermöge Vereinbarung jedes andere, ihnen zweckdienlich erscheinende Verfahren einschlagen können. Nur die Bestimmung der Personen der Liquidatoren ist nach Befinden auf Antrag eines Gesellschafters ausnahmsweise in die Hand des Richters gelegt (Art. 133 Abs. 2). Aber auch dann sind die Liquidatoren nichts weiter, als die gesetzlichen Vertreter der Gesellschafter (Entscheid. des Reichsgerichts Bd. XVII S. 368 flg.). Lediglich diesen gegenüber erscheinen sie, wofern und soweit sie nicht mit ihnen identisch sind, als deren zur Rechnungsablegung verpflichtete Stellvertreter für die gehörige Erfüllung der ihnen in Art. 137 auferlegten Obliegenheiten persönlich verantwortlich.

Nach einer gewissen Richtung mag der Beklagte eine andere Stellung einnehmen, als die eines gewöhnlichen Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft. Unberücksichtigt dessen, daß er sich theils zur Befriedigung von Gesellschaftsgläubigern aus eigenen Mitteln verpflichtet, theils für Erfüllung höherer Forderungen als Selbstschuldner verbürgt hat, ließe sich nämlich, da seine Ernennung als Liquidator einen Theil des in der Gläubigerversammlung getroffenen Abkommens bildete, also mit Zuthun und unter Gutheißung der betheiligten Gläubiger erfolgte, in deren Verhältnisse zu ihm nach Befinden eine Geschäftsführung vermöge Auftrages als gegeben ansehen, welche gegenüber diesen Gläubigern eine unmittelbare Verbindlichkeit des letztern zur gleichmäßigen Vertheilung der Liquidationsmasse begründet. Die Klägerin gehört aber nicht zu diesen Gläubigern. Ihr gegenüber war der Beklagte nur ein Liquidator in dem gesetzlichen Sinne, welcher, wenn die Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft in Frage ist, mit den Gesellschaftsgläubigern in keinem Rechtsverhältnisse, namentlich auch nicht in dem eines Geschäftsführers ohne Auftrag steht, dessen Geschäftsherrn vielmehr nur die Gesellschafter sind. Dasjenige Rundschreiben, welches auch der Klägerin zugegangen ist, enthält — neben der Mittheilung über den Eintritt der Firma in die Liquidation und über die Bestellung des Beklagten als Liquidators — nicht die geringste Andeutung dessen, daß dieser den Gläubigern gegenüber eine andere Stellung einnehmen solle, als einem Liquidator vermöge des Gesetzes zukommt. Die Verweisung auch der Gläubiger an ihn wegen Auseinandersetzung der noch bestehenden Geschäftsverbindlichkeiten spricht nur eine sich von selbst ergebende Folge des Zweckes der Liquidation und der Vertretereigenschaft des Liquidators aus.

Daß im einzelnen Falle die Einleitung des Liquidationsverfahrens vor allem oder ausschließlich im Interesse der Gläubiger liegt, und deren volle Befriedi-

gung durch Vermeidung des Konkurses bezweckt, vermag an sich die rechtliche Stellung des Liquidators den Gläubigern gegenüber nicht zu ändern, wenn und soweit diese nicht in ein förmliches Vertragsverhältniß zu dem Liquidator treten, was bei der Klägerin nicht der Fall ist.

2., Ferner könnte in Frage kommen, ob etwa der Beklagte, welcher bei der Liquidation nach der Behauptung der Klägerin für seine Einlage als stiller Gesellschafter, also für einen an sich nur aus einem modificirten Gläubigerverhältnisse sich ergebenden Anspruch, volle Befriedigung erhalten haben soll, aus dem Gesichtspunkte einer ungerechtfertigten Bereicherung, beziehentlich der Rückforderung wegen Mangels jeden Grundes (§§ 1547 flg. des B.G.B.'s) der Klägerin, als einer andern gleich berechtigten, durch dieses Verfahren jedoch benachtheiligten Gläubigerin, gegenüber antheilig aufzukommen habe. Auch dies muß verneint werden, weil weder die Klägerin es gewesen, welche die Leistung dem Beklagten gemacht hat, noch solche dem Letztern aus ihrem Vermögen zugeflossen ist. Sie wäre nur dann berechtigt, dem Beklagten dasjenige wieder abzunehmen, was er mehr erlangt haben soll, als ihm bei gleichmäßiger Vertheilung des Gesellschaftsvermögens unter Berücksichtigung des ihn treffenden Antheils am Verluste zugekommen sein würde, wenn zwischen den Gläubigern eines Schuldners schon in Folge dieser Eigenschaft auch außerhalb des Zwangsversteigerungs- und Konkursverfahrens ein Gemeinschaftsverhältniß mit gegenseitigen Verpflichtungen bestände.

Dies ist aber nach Sächsischem Rechte nicht der Fall. Namentlich ließe sich aus der Vorschrift in § 765 des B.G.B.'s ein solches Rechtsverhältniß nicht herleiten. Den nicht mit Vorzugsrechten versehenen Gläubigern steht vielmehr im Verhältniß zu einander außerhalb des Konkurses zum Schutze gegen ungerechtfertigte Verkürzungen solcher Art — und zwar hier neben der fortdauernden Solidarhaft der Gesellschafter — nur der Weg der Anfechtung im Sinne des Gesetzes vom 21. Juli 1879 und das Arrestverfahren offen.

Wenn bei der hier fraglichen Liquidation der Rechtsanwalt Dr. R. diejenigen Funktionen ausgeübt hat, welche im Konkursverfahren dem Gläubigerausschusse zustehen, so bildet diese Bestimmung einen Theil jenes Abkommens, bei dem die Klägerin nicht betheiligt ist. Ueberdies kann die Uebertragung einer einzelnen Seite der Vorschriften des Konkursrechts auf eine außergerichtliche Auseinandersetzung nicht dazu führen, solche nunmehr auch in allen übrigen Punkten nach Konkursgrundsätzen zu beurtheilen.

Es wird dann weiter aus thatsächlichen Gründen ausgeführt, daß die Klägerin aus der Bürgschafts- und Rücktrittserklärung des Beklagten keine Rechte für sich herleiten könne, da die Einladung zu der Gläubigerversammlung der Klägerin nicht zugegangen, also ein Anerbieten zum Abschlusse eines Abkommens nicht an sie gelangt sei, übrigens auch Klägerin eine wirksame Annahme eines Anerbietens nicht erklärt habe, und sodann fortgefahren:

3., Endlich ließe sich eine persönliche Haftung des Beklagten auch nicht aus

denjenigen Vorgängen begründen, bei denen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht worden sein soll.

Die Betheiligung des Beklagten als stillen Gesellschafters bei der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma „H. & Co." war an sich auf das Verhältniß zu Dritten, insbesondere zu den Gläubigern, also auch zur Klägerin einflußlos, (Art. 256 des H.G.B.'s) und konnte auch dadurch Bedeutung nicht gewinnen, daß einer der Gesellschafter ohne Wissen und Willen des Beklagten die Klägerin von dem Bestehen des stillen Gesellschaftsverhältnisses in Kenntniß setzte.

Ob und inwieweit etwas Anderes zu gelten habe, wenn durch den Beklagten oder mit dessen Zustimmung eine solche Kundmachung erfolgt wäre, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen — vergl. Art. 260 des H.G.B.'s. Wie sich aus der bei v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuche 3. Aufl. Bd. I S. 785 flg. 789 dargelegten Geschichte dieser Bestimmung ergiebt, ist zwischen den verschiedenen Arten solcher Mittheilungen zu unterscheiden und bei Feststellung der Tragweite derartiger Erklärungen namentlich auch auf die im Kaufmannstande gangbare Auffassung (Art. 279 des H.G.B.'s) Rücksicht zu nehmen. Bei öffentlichen Kundgebungen — die Zeitungen, Rundschreiben — wird sich auf Seiten des stillen Gesellschafters ein auf Uebernahme einer Verpflichtung gerichteter Wille leichter annehmen lassen, als bei blosen mündlichen Erklärungen, gesprächsweisen Mittheilungen unter Freunden und Bekannten, — vergl. Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar, Supplement-Bd. (II. Bd. 2. Abth. 2. Aufl.) S. 897 —.

Von diesem Gesichtspunkte aus muß den Behauptungen der Klägerin die Beachtung versagt werden. Selbst wenn der Beklagte wußte, daß die Klägerin mit der Firma „H. & Co." in laufender Geschäftsverbindung stand und ein Guthaben an dieselbe hatte, so würde sich aus allgemeinen Auslassungen des Inhalts „ich bin mit hineingegangen, ich bin mit drin", die Absicht, hierdurch den Kredit der Gesellschaft zu vermehren und den Anfragenden zu weiterer Kreditgewährung zu veranlassen, für sich allein jedenfalls nicht mit Sicherheit entnehmen lassen und zwar umsoweniger, als für einen Geschäftsmann, wie sich der Beklagte selbst sagen mußte, die blose Thatsache, daß sich ein Dritter als stiller Gesellschafter bei einem Handelsgeschäfte betheiligt habe, ohne Kenntniß der Höhe der Einlage von äußerst geringem Werthe ist. Die fraglichen Erklärungen des Beklagten müssen nicht einmal nothwendig auf ein stilles Gesellschaftsverhältniß bezogen, können vielmehr auch dahin verstanden werden, daß der Beklagte blose Darlehne gewährt habe. Zur Rechtfertigung einer der Klägerin günstigeren Auffassung würde es mindestens der näheren Angabe der Umstände bedurft haben, unter welchen die Gespräche stattgefunden haben sollen, wozu jedoch die Klägerin nicht im Stande ist.

Das Nämliche gilt von den andern Aeußerungen „wir haben in diesem

Jahre nichts verdient, ich bin mit drin", insofern noch in verstärktem Maße, als sich diese völlig ungezwungen als blose Beantwortung der Frage über den Geschäftsgang mit einem die eigene Wissenschaft des Beklagten begründenden Zusatze [„ich bin nämlich auch mit darin"] auffassen lassen. Diese Antwort war noch dazu so ausgefallen, daß sie zu übermäßigem Kreditgeben nicht verleiten konnte, vielmehr zur Vorsicht mahnte.

Auch der beiläufigen Bezeichnung des Beklagten als stillen Gesellschafters in dem der Klägerin zugegangenen, übrigens von Jenem nicht mit unterzeichneten Rundschreiben vom 2. Oktober 1886 kann die Bedeutung der Begründung einer besonderen Haftpflicht des Beklagten in seiner Eigenschaft als stiller Gesellschafter mit Rücksicht auf die damalige Lage der Gesellschaft, welche ihre Auflösung und den Eintritt in das Liquidationsverfahren beschlossen hatte, und den Zweck dieser Mittheilung nicht beigelegt werden.

Kaufvertrag; Vertragsfreiheit bei der Preisfestsetzung. Benachtheiligung des Käufers durch Bewilligung niedrigerer Preise an andere Kunden? Bedeutung von Preislisten, Verheimlichung von Preisverzeichnissen; Trinkgelder des Verkäufers an Angestellte des Käufers (Art. 286, 337 des H.G.B.'s, § 864 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 29. November 1895. O. IV. 30/94.

I.

Die beklagte Firma hat gegen die von ihr nach Höhe von 3533 ℳ 75 ₰. an sich zugestandenen Klagforderung an Kaufpreis für Papier eine Gegenforderung aufgerechnet, welche sich darauf gründet, daß sie bei früheren — bereits bezahlten — Papierlieferungen von der Klägerin übertheuert worden sei.

Die Preise der früheren Papierlieferungen, welche die Beklagte jetzt anficht, waren, wie die vorige Instanz mit Recht angenommen hat, zwischen den Parteien vereinbart.

Nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit, welcher den Handelsverkehr beherrscht, unterliegt die Vereinbarung des Preises einer Waare in der Regel keinen gesetzlichen Schranken. Selbst ein übermäßiges Mißverhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung bildet an sich keinen Ungültigkeits- oder Anfechtungsgrund (Art. 286 des H.G.B.'s, § 864 des B.G.B.'s, Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 21 S. 72). Lediglich beim Hinzutritt besonderer Umstände kann das Mißverhältniß zwischen dem Preise und dem Werthe einer Waare als ein einzelnes Thatbestandsmoment von Erheblichkeit werden wie z. B. bei der Preisminderung wegen Fehlerhaftigkeit der Waare, beim Betruge und beim Wucher.

II.

Die Beklagte hat nun allerdings behauptet, daß sie im vorliegenden Falle

von der Klägerin durch arglistige Veranstaltungen zur Bewilligung der jetzt von ihr als zu hoch bezeichneten Preise bewogen worden sei.

1.

Zunächst kann darin, daß die Klägerin ihre Waaren andern Kunden billiger verkauft haben soll als der Beklagten, ein Betrug, welcher sie der Letzteren schadensersatzpflichtig machen würde, nicht erblickt werden. Kein Käufer hat im Mangel einer besonderen — im gegenwärtigen Falle nicht behaupteten — Abmachung ein Recht darauf, daß der Verkäufer ihm bei der Preisvereinbarung (denn um diese, nicht um eine nachträgliche Preisberechnung bei unterbliebener Preisvereinbarung handelt es sich hier) keine höheren Preise abfordere als anderen Kunden. Auch der Umstand, daß die Beklagte, wie sie behauptet, eine Hauptabnehmerin der Klägerin gewesen ist, würde keine Rechtspflicht für die Letztere begründen, ihr geringere oder doch keine höheren Preise abzufordern als anderen Abnehmern. Die Klägerin hatte daher auch keine Verpflichtung, unaufgefordert die Beklagte darüber aufzuklären, wie sich die von ihr verlangten Preise zu den Preisen verhielten, die sie andern Kunden für dieselben Waaren berechnete. Die Absatzverhältnisse eines Kaufmanns und insbesondere die Preise, die er andern Abnehmern zu berechnen pflegt, gehören nach der Anschauung des Handelsverkehrs nicht zu den Umständen, über die derjenige, der mit ihm in Kaufsverhandlungen eintritt, eine von freien Stücken gegebene Aufklärung erwartet.

Der Antrag der Beklagten auf Vorlegung der Lagerbücher der Klägerin, aus denen sich die ungünstigere Behandlung der Ersteren im Verhältniß zu anderen Kunden der Letzteren ergeben soll, ist daher unerheblich. Der Widerspruch der Klägerin gegen diesen Antrag würde aber auch deshalb begründet sein, weil diese Lagerbücher ihrer Bestimmung gemäß allerdings Geschäftsgeheimnisse der Klägerin enthalten, deren Offenlegung die Beklagte nicht beanspruchen kann.

2.

Weiter hat die Beklagte ihren Gegenanspruch darauf gestützt, daß die von ihr der Klägerin bezahlten Preise höher seien als die für die betreffenden Papiersorten in den durch den Druck verbreiteten Lager- und Preisverzeichnissen der Klägerin angesetzten Preise.

Aus diesen Preislisten kann aber die Beklagte keinen Einwand gegen die von ihr bezahlten Preise ableiten, denn sie hat nicht auf Grund der Preislisten, sondern auf Grund besonderer Preisvereinbarung von der Klägerin gekauft. Darauf, daß die Klägerin bei der Preisvereinbarung die in diesen Preislisten berechneten Preise nicht überschritt, hatte die Beklagte kein Recht.

Die Preislisten enthielten, weil an das Publikum im Allgemeinen gerichtet, keinen verbindlichen Antrag zum Kauf, sondern lediglich eine Geschäftsempfehlung, eine Aufforderung zum Stellen von Offerten,

vergl. Art. 337 des H.G.B.'s. Seuffert's Archiv Bd. 17 S. 33, Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 4 S. 95 Bd. 7 S. 164, Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen Bd. I S. 51.

Ueberdies würde es, selbst wenn man mit

Biermann in den Jahrbüchern für Dogmatik ꝛc. Bd. 32 S. 305 flg. und S. 311 flg.

in den Preislisten ein Verkaufsangebot „soweit der Vorrath reicht" finden wollte, im vorliegenden Falle an der Annahme dieses Angebots auf Seiten der Beklagten fehlen, welche behauptet, daß ihr beim Vertragsschlusse die Preislisten unbekannt gewesen seien. Auch würde darin, daß die Klägerin bei der Preisvereinbarung von der Beklagten andere Preise als die in der Preisliste berechneten forderte, ein Widerruf des in den Preislisten etwa zu erblicken gewesenen Angebots liegen, dessen Zulässigkeit

zu vergl. auch Biermann a. a. O. S. 310 flg.

nicht wohl bezweifelt werden kann (zu vergl. auch Art. 320 des H.G.B.'s).

Darauf, daß die Klägerin sie bei der Preisvereinbarung ausdrücklich darauf hinweise, die von ihr geforderten Preise seien andere als die in den Preisverzeichnissen berechneten, hatte die Beklagte kein Recht. Denn selbst wenn man davon auszugehen hätte, daß die Preisverzeichnisse diejenigen Preise enthielten, zu denen die Klägerin regelmäßig zu verkaufen pflegte, so war doch, wie bereits dargelegt, die Beklagte nicht berechtigt, zu verlangen, daß Klägerin sie mindestens ebenso günstig behandle wie ihre andern Kunden und die Klägerin war nicht verpflichtet, sich der Beklagten gegenüber wegen einer etwa abweichenden Preisforderung zu rechtfertigen. Selbst wenn daher bei der Klägerin für die Beklagte, ein „Extrapreisverzeichniß" bestanden hätte, würde die Beklagte daraus keinen Anspruch auf Herabsetzung der von ihr bewilligten Preise oder auf Schadensersatz ableiten können.

3.

Die Beklagte behauptet aber weiter, die Klägerin habe ihr die gedruckten Preisverzeichnisse absichtlich nicht zugehen lassen und sie habe daher — was nach ihrer Darstellung offenbar der Zweck der Verheimlichung gewesen sein soll — nach Treu und Glauben annehmen müssen, daß die von der Klägerin bei Vorlegung der Muster geforderten Preise jedenfalls keine höheren gewesen seien als die in deren Preislisten verzeichneten.

Aus diesem Vorbringen ergiebt sich zunächst, daß die Beklagte das Bestehen von Preisverzeichnissen im Geschäfte der Klägerin gekannt hat, denn sonst hätte sie nicht annehmen können, daß die von derselben geforderten Preise mit deren Preisverzeichnissen übereinstimmten. Es ergiebt sich aber auch weiter daraus, daß sie sich bei ihren Vertragsschlüssen mit der Klägerin um den Inhalt jener Preisverzeichnisse nicht gekümmert und mithin damals keineswegs denjenigen Werth

darauf gelegt hat, den sie ihnen jetzt beigemessen haben will. Denn andernfalls würde es ihr aufgefallen sein, daß ihr keine Preisverzeichnisse der Klägerin zugingen, sie würde deshalb nachgeforscht, sich solche zu verschaffen gesucht und von deren Inhalt Kenntniß genommen haben. Den Nachtheil, welcher ihr durch eine derartige sorglose Geschäftsgebahrung etwa entstanden sein sollte, würde die Beklagte sich selbst zuzuschreiben haben und nicht auf die Klägerin überwälzen können, da sie nach dem oben Ausgeführten weder ein Recht auf Zusendung der Preisverzeichnisse, noch darauf hatte, daß die Klägerin sich bei den Vertragsverhandlungen mit ihr an diese Preisverzeichnisse band.

Wenn die Klägerin ihre Preisverzeichnisse der Beklagten absichtlich verheimlicht hätte, so würde sie dadurch die Beklagte nicht in einen Irrthum haben versetzen können, sondern ihr Zweck könnte nur darin bestanden haben, der Beklagten den Inhalt ihrer Preisverzeichnisse nicht wissen zu lassen, damit diese nicht daraus Veranlassung nehme, die Bewilligung höherer Preise als der in den Preislisten verzeichneten abzulehnen. Hierin kann aber nach dem oben dargelegten die Unterdrückung einer Thatsache, worüber die Beklagte nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Aufklärung erwarten dürfte, nicht erblickt werden.

4.

Die Beklagte hat ferner geltend gemacht, die Klägerin habe sich ihren, der Beklagten, Magazinverwalter H. durch Geschenke derart dienstbar gemacht, daß er die Einkäufe für ihr Geschäft nur bei der Klägerin bewirkt, ohne sich um deren Preisverzeichniß zu bekümmern und deren Preisforderungen danach zu kontroliren.

Die Klägerin nimmt darauf Bezug, daß die Gewährung derartiger Trinkgelder eine im Geschäftsleben allgemein verbreitete Praxis sei.

Die, wie die Erfahrung des täglichen Lebens lehrt, auch sonst bei Handels- und Gewerbtreibenden vielfach herrschende Unsitte, den Angestellten und Dienstleuten ihrer Kunden Geschenke als sogenannte Trinkgelder zu gewähren, verfolgt im Allgemeinen den Zweck, die Beschenkten dadurch zu veranlassen, den Bedarf ihrer Arbeitgeber und Dienstherrschaften auch in Zukunft von ihnen zu beziehen und nicht ihren Konkurrenten deren Kundschaft zuzuwenden. Daß hierdurch die Kunden benachtheiligt werden können, insofern die betreffenden Waaren von einem andern Lieferanten vielleicht besser oder billiger zu beziehen sein würden, ist zuzugeben und deshalb ist die betreffende Geschäftssitte allerdings nicht einwandfrei, sondern moralisch bedenklich. Daß aber in jedem Falle eine solche Schädigung der Kunden beabsichtigt sein und eintreten müsse und daß daher das Trinkgeldgeben in jedem Falle eine Verleitung des Trinkgeldempfängers zur Untreue enthalte, läßt sich nicht behaupten.

Die Einwendung wurde indessen nicht beachtet, weil der Nachweis nicht erbracht war, daß durch die Trinkgelder die Preisfestsetzung zu Ungunsten der Beklagten beeinflußt sei.

Bedeutung der Vereinbarung im Papierhandel, daß die Waare „auf successive Abforderung zu liefern" ist. Beweis durch Sachverständige, Auskunft des Aeltestenkollegiums der Kaufmannschaft zu Berlin. § 259 der C.P.O., Art. 278 des H.G.B.'s. § 711 des B.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 23. Oktober 1895. O. IV. 83/94.

Ueber die beim Geschäftsabschlusse vereinbarte Lieferzeit ist soviel unstreitig, daß Klägerin, die Inhaberin einer Papierfabrik, von den dem Beklagten 35000 Bogen Papier 10—12000, mindestens 10000 Bogen Ende Juni 1892, den Rest von da an auf successive Abforderung zu liefern hatte.

Dem Beklagten kann nicht zugegeben werden, daß schon mit dieser Abrede die Klägerin die Verpflichtung übernommen habe, den auf Abforderung zu liefernden Theil von Ende Juni an jederzeit fertig und zum Versandt auf Abruf bereit zu halten. Für eine solche Auffassung hat sich zwar der in der Berufungsinstanz zunächst gehörte Sachverständige Papierfabrikant F. ausgesprochen; ihr widerstreiten aber die beiden anderen Gutachten. Der von der ersten Instanz zugezogene Sachverständige Papierhändler K. findet den Ausdruck „zur successiven Abforderung" nach der Verkehrsauffassung nicht bestimmt genug, um über die Lieferzeit eine feste Norm im Sinn des Beklagten zugeben und die Befugniß des Fabrikanten auszuschließen, nach Ablieferung einer Theilpost mit der Anfertigung der nächsten erst auf deren Abruf hin zu beginnen. Hiermit deckt sich im Wesentlichen die Anschauung des Aeltesten-Kollegiums der Kaufmannschaft zu Berlin. Danach ist der Ausdruck „zur successiven Abforderung" ohne Bestimmung irgend einer Frist, innerhalb deren die Abforderung zu erfolgen hat, im Papierhandel und namentlich im Handel mit zum Bedrucken bestimmten Papieren kein allgemein verkehrsüblicher und keinesfalls als mit der Vereinbarung auf jederzeitigen Abruf identisch anzusehen. Das Aeltesten-Kollegium beschränkt sich aber nicht auf diesen allgemeinen Ausspruch, sondern kommt unter Würdigung der Einzelheiten des Falls zu dem Schlusse, daß es nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien in das Belieben der Klägerin gestellt war, den vor Ende Juni zu liefernden Theil jedesmal erst anzufertigen, wenn und insoweit er vom Beklagten abgefordert wurde. Was der Beklagte gegen dieses Gutachten ausstellt, ist unbeachtlich. Das Aeltesten-Kollegium der Kaufmannschaft zu Berlin hat die Eigenschaft einer Fachbehörde, zu deren Dienstobliegenheiten die Begutachtung von kaufmännischen Fragen gehört (zu vergl. Entscheidungen des vorm Reichsoberhandelsgerichts Band 16, S. 37). Die Einholung von Gutachten solcher Fachbehörden wird von der C.P.O. keineswegs ausgeschlossen; die durch das schriftlich vorliegende Gutachten erwiesene Thatsache, daß die um Auskunft ersuchte Fachbehörde der von ihr bekundeten Ansicht ist, darf nach § 259 C.P.O. für die Bildung der richterlichen Ueberzeugung verwerthet werden (zu vergl. Wengler's Archiv 1890 S. 254 ff.). An der erforderlichen Sachkunde des Aeltesten-Kollegiums ist nicht zu zweifeln, da sich dasselbe

auf die ausdrücklich nach dieser Richtung erfolgte Anfrage zur gutachtlichen Aeußerung bereit erklärt und hierdurch sowie durch die thatsächliche Abgabe des Gutachtens zur Genüge kundgegeben hat, daß von ihm nach der Art seiner Verfassung und seiner Zusammensetzung ein fachmännisch zuverlässiges Urtheil ausgesprochen werden könne.

Hiernach liegen drei Gutachten über die nämliche Frage vor, von denen sich zwei zu Ungunsten, eines zu Gunsten der vom Beklagten vertretenen Auffassung aussprechen. Es fehlt an jedem Anhalte dafür, dem Urheber des letzteren Gutachtens eine erhöhte Sachkunde und Unbefangenheit des Urtheils zuzuschreiben, als den beiden anderen Sachverständigen, während man andererseits dahin gestellt lassen kann, ob man die Beweiskraft des vom Aeltesten-Kollegiums erstatteten Gutachtens so hoch veranschlagen dürfe, um zu der positiven Feststellung zu gelangen, daß nach dem aus den Umständen erhellenden Vertragswillen der Parteien erst der jedesmalige Abruf des Beklagten für die Verpflichtung der Klägerin zur Anfertigung der Waare entscheiden sollte. Denn jedenfalls wird das Bestehen einer allgemeinen Verkehrsübung, nach welcher der Ausdruck „zur successiven Abforderung" in dem vom Beklagten gewünschten Sinne verstanden werden müßte, schon durch die Thatsache wiederlegt, daß von drei, wie anzunehmen ist, gleich fachkundigen Personen zwei dieser Auffassung entgegentreten. Es verbleibt daher zum Mindesten eine Ungewißheit in dem Sinne der Vereinbarung. Der Beklagte aber ist es, der aus dem Vertrage ein Recht auf eine ihm vortheilhaftere Leistung herleitet und gegen den daher in diesem Falle die Auslegungsregel in § 813 des B.G.B. wirksam wird, nachdem die Anwendung der in Art. 278 ff. H.G.B. geordneten Grundsätze zu einer ausreichenden Klarstellung des Vertragswillens — und das ist im Hinblick auf den Anspruch des Aeltesten-Kollegiums die dem Beklagten günstigste Annahme — nicht geführt hat. Die Rechtsregel: „quod sine die debetur, statim debetur" (zu vergl. § 711 B.G.B.), auf welche sich Beklagter beruft, schlägt nicht ein; denn die sofortige Lieferung war eben nicht in Aussicht genommen, sondern Lieferung in Theilabschnitten, für die, soweit es sich nicht um die erste Rate handelte, eine Frist überhaupt nicht bestimmt, deren Fälligwerden vielmehr noch durch eine Erklärung des Beklagten bedingt war. Ebensowenig ist, wie der Beklagte will, der Wortsinn für dessen Auslegung zu verwerthen; das Wort „Abforderung" ist hier mit dem sonst vielfach unter gleichen Verhältnissen gebrauchten Ausdrucke „Abruf" identisch und giebt ebensowenig, wie das letztere, einen unmittelbar im Wortsinne begründeten Aufschluß darüber, ob dem Lieferungsverlangen sofort zu entsprechen sei oder nach ihm noch eine Frist vergehen dürfe.

Kaufvertrag, Verzug, Einrede des nicht erfüllten Vertrages bei Mangelhaftigkeit eines Theiles der Waare. (Art. 356 des H.G.B.'s, § 865, § 859 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 2. Februar 1894. O. IV. 164/93.

Die Beklagte kaufte am 15. September 1892 von der Klägerin 1000 Stück Ia white selected Thibet-Lammfelle zum Preise von 10 ℳ für das Stück mit 1% Dekort, zahlbar in Hamburg nach Ankunft und Richtigbefund der Waare gegen Aushändigung der Verschiffungspapiere. Die Beklagte behauptet mit Unrecht, daß sie berechtigt sei, wegen verspäteter Lieferung vom Kaufe zurückzutreten. Nach ihrer Angabe sollte zwar die Verschiffung vertragsgemäß ab Shanghai Ende September — Anfang Oktober erfolgen, und beträgt die regelmäßige Dauer eines Seetransports von Shanghai nach Hamburg nicht mehr als 6—8 Wochen; dagegen wurden von den Fellen 299 Stück am 14. Dezember 1892 und 701 Stück erst am 19. Januar 1893 seiten der Klägerin als in Hamburg eingetroffen avisirt. Gleichwohl kam dieselbe mit der Lieferung nicht in Verzug. Der gegenwärtige Rechtsfall ist gemäß § 11 des B.G.B.'s verb. Art. 342 Abs. 1 und Art. 324 Abs. 1 des H.G.B.'s nach dem in Hamburg als dem beiderseitigen Erfüllungsorte geltenden gemeinen Rechte zu entscheiden. Darnach würde, da eine Mahnung nicht in Frage kommt, der Eintritt eines Verzugs der Klägerin voraussetzen, daß eine bestimmte Lieferungszeit ausgemacht worden war. Dieser Fall liegt nicht vor; es ist wohl von der Klägerin eine gewisse Zeit der Verladung der Waare in Shanghai garantirt, nicht aber von den Parteien eine Zeit festgesetzt worden, zu oder bis zu welcher die Klägerin die Felle in Hamburg zu übergeben habe. Allerdings ist nach der Behauptung der Beklagten die vereinbarte Verschiffungszeit nicht eingehalten worden, und es könnte wegen dieser Versäumniß angenommen werden, daß der Beklagten ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag erwachsen war, da die Einhaltung einer solchen Verladungszeit bei Verträgen der vorliegenden Art, ähnlich wie die Rechtzeitigkeit der Leistung in den Fällen des Art. 356 des H.G.B.'s und des § 865 des B.G.B.'s als wesentliches Erforderniß der Vertragserfüllung des Verkäufers angesehen werden muß. Zu vergl.

> Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 3 S. 220, Bd. 5 S. 38, Bd. 18 S. 134, Bd. 24 S. 195; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 30 S. 60.

Allein des Rechts, die Waare deshalb zurückzuweisen, hat sich die Beklagte selbst stillschweigend begeben. Denn sie hat der Klägerin erst am 13. Januar 1893 erklärt, die Ordre wegen verspäteter Lieferung zu annulliren, obwohl ihr Vertreter H. bereits am 30. November bez. 7. Dezember 1892 von den Verladungszeiten benachrichtigt worden war, und es hätte ihr nach den Anforderungen von Treu

und Glauben obgelegen, die Klägerin, wenn sie die Waare wegen verspäteter Verschiffung ablehnen wollte, hiervon unverzüglich zu unterrichten. Man vergl.

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 30 S. 61 flg.; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 24 S. 195.

Dagegen ist der Anspruch der Klägerin, wie die erste Instanz mit Recht angenommen hat, nach den Regeln über die Einrede des nicht erfüllten Vertrags hinfällig.

Die beklagte Firma ließ sämmtliche 1000 Stück Felle am 25. Februar 1893 durch ihren Handlungsgehilfen L. bei der Klägerin untersuchen, wobei derselbe 501 Stück als Sekundawaaren, mithin als nicht vertragsmäßig bezeichnete. Auf Antrag der Klägerin wurden nunmehr die Felle durch zwei von der Hamburger Handelskammer ernannte Sachverständige besichtigt; nach ihrem Gutachten waren 564 Stück von vertragsmäßiger Beschaffenheit, die übrigen 436 Stück aber nicht empfangbar. Klägerin fordert mit der erhobenen Klage lediglich den Kaufpreis für jene 564 Stück, ohne bereit zu sein, die ganze vereinbarte Anzahl der gehandelten Felle zu liefern, wie daraus hervorgeht, daß sie sich nach dem Thatbestande des vorigen Urtheils außer Stande erklärt hat, die übrigen 436 Stück in der vertragsmäßigen Qualität zu beschaffen.

Es liegt nun nicht der Fall vor, daß der Kaufvertrag rücksichtlich der nicht empfangbaren Stücke rückgängig gemacht worden wäre. Dies könnte in Anbetracht dessen, daß eine Mehrheit einzelner Sachen von gleichmäßiger Beschaffenheit unter Vereinbarung eines Stückpreises gehandelt worden ist, nach Befinden dann angenommen worden, wenn die Beklagte wegen der theilweisen Mangelhaftigkeit der Lieferung Vertragsaufhebung (Redhibition) verlangt hätte. Diesen Weg haben aber die Beklagten zunächst nicht eingeschlagen. Sie haben wohl in erster Instanz geltend gemacht, die beklagte Firma sei wegen Angebots einer bloßen Theilleistung zum Abgehen vom Vertrage berechtigt gewesen, indessen weder vor, noch in dem Prozesse erklärt, daß sie wegen der Mangelhaftigkeit der angebotenen 1000 Stück Felle Aufhebung des Kaufvertrags beanspruchten. Jedenfalls wäre, wenn man ja das Gegentheil annehmen wollte, aus den erstinstanzlichen Aeußerungen der Beklagten nicht ersichtlich, daß sie von diesem Rechte auch für den Fall Gebrauch machen wollten, wenn damit nur eine theilweise Aufhebung des Handels zu erreichen sei. In jetziger Instanz aber haben die Beklagten ihre Absicht ausdrücklich dahin erläutert, daß sie das Recht zum Abgehen vom Vertrage überhaupt nur eventuell geltend machten, wogegen sie zunächst den Klaganspruch nur um deswillen bestreiten wollten, weil Klägerin bloß zur Lieferung eines Theils der gehandelten Waare bereit sei. Es ist daher die Annahme ausgeschlossen, daß der Kaufvertrag infolge einer, nur bezüglich der nicht vertragsmäßigen 436 Stücke wirksamen Redhibitionserklärung auf die empfangbaren 564 Stücke beschränkt sei, und muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß sich der Vertrag fortdauernd auf die gesammte gehandelte Stückzahl erstrecke.

Wie sich hieraus ergiebt, ist es nur eine Theilleistung, welche die Klägerin in Gestalt der erwähnten 564 Stück Felle anbietet. Hieraus folgt aber auch weiter, daß ihrer Forderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensteht. Da nämlich ein Vorausgehen der Erfüllung der Beklagten weder verabredet ist, noch in der Natur des Geschäfts liegt, sondern die Zahlung in Hamburg erst nach Richtigbefund der Waare gegen Aushändigung der Verschiffungspapiere zu erfolgen hatte, so kann die Klägerin nach gemeinem wie sächsischem Rechte (B.G.B. § 859) die Gegenleistung nicht fordern, ohne daß sie ihrerseits zur Erfüllung bereit ist. Eine gehörige Erfüllungsbereitschaft der Klägerin ist nun aber in dem Angebote von nur einem Theile der gehandelten Waare nicht zu befinden, es müßte denn sein, daß Beklagte gegen Zahlung eines verhältnißmäßigen Theils des Kaufpreises eine Theillieferung anzunehmen hätte. Eine dahingehende Verpflichtung derselben kann indessen nicht anerkannt werden. Es liegt kein Grund vor zu der Annahme, daß dem Verkäufer im vorliegenden Falle nach dem Vertragswillen der Parteien eine Theilleistung gestattet sein sollte. Hiergegen spricht vielmehr die Erwägung, daß die Beklagte sowohl die Kosten des Transports der Waare ab Hamburg zu tragen, als auch letztere dort zu untersuchen hatte und ihr daher vermehrte bez. verhältnißmäßig größere Transport- und Besichtigungskosten erwachsen mußten, wenn sie in Raten abzunehmen hatte oder Klägerin sich überhaupt auf Lieferung eines Theils der gehandelten Stückzahl beschränkte. In Ermangelung eines gegentheiligen Abkommens kann aber der Verkäufer, ungeachtet einer Trennbarkeit des verkauften Waarenquantums, gemeinrechtlich dem Käufer ohne Vertragsverletzung keine Theilleistung aufnöthigen. (Vergl. auch Staub, Kommentar zum H.G.B. unter 1 a und b Art. 359 S. 849; Annalen des vorm. Oberappellationsgerichts Bd. 1 S. 536; Zeitschrift für Rechtspflege und Verw. Bd. 36 S. 119).

Recht des Käufers, bei theilweiser Mangelhaftigkeit der gelieferten Waare die ganze Sendung zurückzuweisen? (§§ 695, 859, 916 Abs. 2 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 27. September 1895. O. IV. 42/95.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen des zweitinstanzlichen Urtheils, durch welches im Gegensatze zur ersten Instanz die auf Bezahlung des Kaufpreises gerichtete Klage abgewiesen wurde.

Die Beklagte hat zufolge ihrer Zuschrift vom 12. Mai 1894, worin sie bei der Klägerin 20 Stück schnittfreie Ochsenhäute bestellte, von letzterer 20 Stück Häute übersendet erhalten, dieselben jedoch sämmtlich mit dem Bemerken zur Verfügung gestellt, die Häute seien, da 13 Stück Schnitte aufwiesen, für ihren Zweck nicht verwendbar. Sie ist auf die Klage des Verkäufers in voriger Instanz ver-

urtheilt worden, 330 ℳ 90 ₰, d. i. den Kaufpreis für 10 Stück, welche das angefochtene Urtheil für empfangbar erachtet, nebst Zinsen zu bezahlen.

Aus den von der ersten Instanz angeführten Gründen ist für erwiesen anzusehen, daß 10 Stück der gelieferten Rindshäute schnittig sind und daher einer bei der Bestellung bedungenen Eigenschaft ermangeln. Wenn nun die gelieferten 20 Häute nur zur Hälfte ihrer Beschaffenheit nach der Bestellung entsprechen, so liegt in ihrer Zusendung seiten der Klägerin bezüglich der empfangbaren 10 Stück das Angebot einer Theilleistung, während im übrigen nur der mißlungene Versuch eines Erfüllungsangebots bez. den Versuch unternommen worden ist, der Beklagten statt des geschuldeten Restquantums ein anderes Schuldobjekt aufzunöthigen. Nach § 695 des B.G.B.'s braucht sich aber ein Gläubiger eine theilweise Erfüllung im allgemeinen nicht gefallen zu lassen.

Die erste Instanz nimmt an, daß durch die theilweise Mangelhaftigkeit der bestellten Lieferung das Recht des Verkäufers, Annahme und Bezahlung des vertragsmäßigen Theils zu fordern, dann nicht ausgeschlossen werde, wenn die Waare ihrer Natur nach theilbar und kein Gesammtpreis vereinbart war, erachtet also in diesem Falle die Rechtsregel des § 695 cit. für unanwendbar. In der That ist die Meinung, daß sich im Handelsverkehr der Käufer eines generisch bestimmten trennbaren Waarenquantums auf den gedachten Rechtssatz nicht berufen könne, seit Pöhls — Handelsrecht Th. I S. 173 — bis in die neueste Zeit, zumal für den Fall des Distanzkaufs, in der deutschen handelsrechtlichen Doktrin vielfach vertreten, auch in die Rechtssprechung deutscher Gerichtshöfe übergegangen, insbesondere des vorm. Oberappellationsgerichts zu Lübeck, des vorm. Reichsoberhandelsgerichts, des Reichsgerichts, des Hamburger Oberlandesgerichts und des ersten Senats des Oberlandesgerichts zu Dresden. Zu vergl. *)

*) Anm. der Red. vergl. auch Annalen des O.L.G.'s Dresden, Bd. 18 S. 92 flg. Ferner ist in einem Urtheile des O.L.G.'s Dresden vom 30. März 1894 (O. IV. 10/93) Folgendes bemerkt:

Das Berufungsgericht hält an der von ihm bisher
zu vergl. Annalen des Königl. Sächs. O.L.G.'s Bd. 10 S. 53/54
befolgten Rechtsansicht fest, daß bei einem in Raten zu erfüllenden Lieferungsgeschäft der Verzug in betreff einer oder einzelner Raten den anderen Kontrahenten im Allgemeinen nicht dazu berechtigt, sich vom Vertrage überhaupt loszusagen. Dieser a. a. O. für den Fall des Lieferungsverzugs des Verkäufers entwickelte Rechtsgrundsatz hat auch im Falle eines dem Käufer bezüglich einer oder mehrerer Theillieferungen zur Last fallenden Zahlungsverzugs dergestalt Anwendung zu leiden, daß das Rücktrittsrecht des Verkäufers jedesmal nur wegen denjenigen Raten, mit deren Bezahlung sich der Käufer im Verzuge befindet, zur Entstehung gelangen kann, also nicht Platz greift, wenn, wie im vorliegenden Falle, der Verkäufer mit der Lieferung der Zahlung vorauszugehen hatte. Diese Anschauung beruht aber nicht, wie der Beklagte vermeint, auf einer Verneinung des einheitlichen Charakters des ganzen Vertrags, welcher erstere vielmehr auch nach Ansicht des Berufungsgerichts anzuerkennen ist und sich insbesondere in der Wirkung eines dem Verkäufer nach § 768 des B.G.B.'s zuzugestehenden Zurückhaltungsrechts hinsichtlich der späteren Lieferungsraten äußert, sondern auf

Kletke, Präjudizien, Bd. 2 Nr. 1272 und 1274; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 19, S. 188; Bolze, Praxis des Reichsgerichts, Bd. 6 Nr. 544; Goldschmidt's Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 38 S. 204 Nr. 212, Bd. 40 S. 508 Nr. 197; Seuffert's Archiv Bd. 41 Nr. 41; Annalen des O.L.G.'s zu Dresden Bd. 3 S. 336; Wengler's Archiv Jahrg. 1883 S. 217.

Es bedarf aber hier keiner weiteren Prüfung dieser nicht allgemein gebilligten Rechtsansicht —

vergl. v. Treitzschke, Kaufkontrakt § 63 S. 243; Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts Bd. I § 63 Nr. 29; Erk. des Oberappellationsgerichts zu Dresden in der Zeitschr. für Handelsrecht Bd. 5 S. 274; Thöl, Handelsrecht Theil II § 222; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 5 S. 108, Bd. 8 S. 77, 106, Bd. 16 S. 192, Bd. 21 S. 236, Bd. 24 S. 358; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 4 S. 8; Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. 12 Nr. 451, Bd. 15 Nr. 365 —,

da es im vorliegenden Falle an einer Voraussetzung derselben gebricht.

Nach den Ergebnissen der zweitinstanzlichen Beweiserhebung erweist sich nämlich die Annahme der ersten Instanz, daß es sich um eine theilbare Waarensendung handle, als unhaltbar. Die Beklagte bezeichnete bei der brieflichen Bestellung vom 12. Mai 1894 die zu liefernden Häute als eine Probe, als welche die bestellte Lieferung auch ihrer Größe nach erscheint und von der Klägerin selbst nach ihren Zuschriften vom 25. und 29. Mai 1894 angesehen wurde. Da die beklagte Firma eine Gerberei betreibt, so ist anzunehmen, daß die bezweckte Probe

---

der in Fällen der vorliegenden Art nach der Absicht der Kontrahenten als Regel vorauszusetzenden Theilbarkeit des Vertragsgegenstandes. Ihr entspricht es, den Verzug betreffs einer einzelnen Theillieferung nicht mit einem die Vertragserfüllung im Ganzen betreffenden Verzuge zu identificiren, sondern die Möglichkeit eines nach seinem Gegenstande und seinen gesetzlichen Wirkungen auf die einzelne Rate beschränkten Lieferungs- wie Zahlungsverzugs anzuerkennen. Die vom Beklagten für seinen abweichenden Standpunkt angezogene Entscheidung eines anderen Senates des Berufungsgerichts

— Wengler's Archiv 1890 S. 680 flg. —

steht dem nicht entgegen, da sie aus der — wie schon gedacht, auch vom erkennenden Senate angenommenen — Einheitlichkeit des Vertrags Folgerungen nicht für die Frage des Verzugseintritts, sondern für die in § 15 der K.O. bestimmten Wahlbefugnisse des Konkursverwalters unter besonderer Berücksichtigung der aus der Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesbestimmung zu entnehmenden Auslegungsmomente zieht. Ebensowenig läßt sich gegen die Berechtigung der vorstehenden Auffassung einwenden, daß sie Fälle, in welchen es bei ihr auf Grund des Art. 354 des H.G.B.'s zu einem Rücktrittsrechte des Verkäufers gegenüber dem mit der Zahlung säumigen Käufer kommen könne, nicht übrig lasse. Denn bei allen in Raten zu erfüllenden Lieferungsverträgen, bei denen sich der Käufer zur Vorausbezahlung des Kaufpreises verpflichtet hat, ist für ein Rücktrittsrecht des Verkäufers hinsichtlich der verfallenen Raten Raum gegeben.

nicht in einer bloßen Besichtigung bestehen, sondern daß mit den gekauften schnittfreien Häuten ein Versuch im Wege der Verarbeitung gemacht werden sollte. Der Sachverständige M. hat nun bestätigt, es sei durchaus zweckmäßig, nur Häute von einer und derselben Herkunft in einem Escher zu verarbeiten, und es entspreche einem rationellen Verfahren, einen Escher mit der ganzen Anzahl Häute, auf die er berechnet ist, zu füllen. Es muß aber, zum mindesten in Ermangelung gegentheiliger Beweisgründe, nach dem Gutachten des Sachverständigen, wonach eine solche Escher-Größe die gewöhnlichste und häufigste ist, davon ausgegangen werden, daß auch die Escher in der Gerberei der Beklagten auf wenigstens 20 Stück eingerichtet sind, um so mehr, als dieselbe im vorliegenden Falle gerade diese Anzahl zur Probe bestellt hat. Hieraus ergiebt sich, daß die Beklagte, wenn sie die Hälfte der empfangenen Häute schon vor der Verarbeitung als untauglich ausscheiden mußte, den Versuch mit dem Reste nur in unzweckmäßiger Weise ausführen konnte, so daß der Werth, welchen die vertragsmäßigen 10 Häute für sie hatten, durch das Fehlen der übrigen 10 Stück beeinträchtigt wurde. Dazu kommt aber, daß, wie der Sachverständige M. weiter versichert, eine Probe auf die Beschaffenheit derartiger Häute mit mindestens 20 Stück gemacht werden muß, da ihre Behandlungsweise an den einzelnen Herkunftsorten eine sehr verschiedene ist und einen wesentlichen Einfluß auf die Tauglichkeit der Häute bei der späteren Verarbeitung äußert. Unter diesen Umständen war die Lieferung der 20 Ochsenhäute als eine wirthschaftliche Einheit zu betrachten.

Hiernach ist der Einwand der Beklagten, wenn man ihn dahin auffaßt, daß sie nach § 859 verb. § 695 des B.G.B.'s ihre ganze Gegenleistung bis zur vollständigen Erfüllung seiten des Verkäufers zurückhalten dürfe, gerechtfertigt. Nach obigem liegen aber auch die Voraussetzungen vor, unter denen der Käufer nach § 916 des B.G.B.'s berechtigt ist, wegen Fehlerhaftigkeit einzelner Stücke einer Lieferung die Aufhebung des Kaufvertrags rücksichtlich des Ganzen zu beanspruchen. Die Einrede würde daher auch dann zu beachten sein, wenn sie dahin aufzufassen wäre, daß die Beklagte gemäß §§ 909 flg. des B.G.B.'s wegen der Fehlerhaftigkeit der 10 Stück Wiederaufhebung des gesammten Kaufgeschäfts fordere.

Erlöschen der beklagten Handelsgesellschaft während des Prozesses. Beweislast, wenn der Kläger sich auf Angemessenheit des Preises, der Beklagte auf Preisvereinbarung bezieht. Recht des Käufers auf Verbesserung der mangelhaften Sache? (§ 768, § 909, § 922 des B.G.B.'s.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 29. Januar 1892. O. IV. 6/90.

Der Kläger hat gegen die Handelsgesellschaft in Firma C. C. K. und deren Theilhaber, die Kaufleute K. und F., Klage auf Bezahlung eines Wärmschrankes und einer Wärmpfanne unter Bezugnahme auf die Angemessenheit der berechneten

Preise Klage erhoben. Die Beklagten haben geltend gemacht, daß für die gelieferten Gegenstände ein Preis vereinbart worden sei; sie halten sich auch zur Zurückhaltung des Preises bis zur Verbesserung der angeblich undicht gearbeiteten Wärmpfanne für befugt.

Die Parteien haben sich noch darüber einverstanden erklärt, daß der Mitbeklagte F. im Laufe des Berufungsverfahrens aus der Firma ausgeschieden, daß diese Veränderung im Handelsregister eingetragen und öffentlich bekannt gemacht worden ist und daß seitdem der Mitbeklagte K. der alleinige Inhaber der Firma ist.

Ueber die einschlagenden Fragen wurde in dem Berufungsurtheile Folgendes bemerkt:

Die Veränderung, welche im Laufe des Berufungsverfahrens auf Seiten der verklagten Partei durch das Ausscheiden des Mitbeklagten F. aus der in erster Linie verklagten Handelsgesellschaft in Firma „C. C. K." eingetreten ist, hat weder für den Fortgang des Rechtsstreits noch für die Beurtheilung des Streitverhältnisses Bedeutung. Der ausgeschiedene Gesellschafter bleibt dem Gläubiger der Gesellschaft aus den bisherigen Geschäften nach wie vor verhaftet selbst dann, wenn er sich über die dadurch begründeten Schulden mit seinem Gesellschafter auseinandergesetzt hat (vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 5, S. 392). Dit Fortdauer des Verhältnisses F. als Prozeßpartei aber war schon dadurch bedingt, daß die Klage von vornherein gegen ihn persönlich mit gerichtet war (vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 9, S. 17).

Zwar ist durch das Ausscheiden F.'s aus der nur zwischen ihm und dem Beklagten K. bestehenden offenen Handelsgesellschaft diese selbst zur Erlöschung gekommen. Allein dies hat nur die Folge, daß die Gesellschaft aufgehört hat, als Partei zu figuriren und dies durch eine entsprechende Aenderung der Ueberschrift des Urtheils zum Ausdrucke gebracht werden mußte*).

Die erste Instanz hat das sich auf die Preisvereinbarung beziehende Anführen der Beklagten als Einrede behandelt.

Nach der Ansicht des Berufungsgerichts, mit welcher die Rechtsprechung des vormaligen Königlich Sächsischen Oberappellationsgerichts sowie diejenige des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts und anscheinend auch die Rechtsmeinung des Reichsgerichts übereinstimmt,

vergl. Annalen des vorm. Königlich Sächsischen Oberappellationsgerichts N. F. Bd. 7, S. 356, Bd. 10, S. 289, 479, II. F. Bd. 1, S. 503.
Entscheidungen des vorm. Reichsoberhandelsgerichts Bd. 3 Seite 248 flg. Bd. 11, S. 362, Bd. 13, S. 213, Bd. 23, S. 53.
Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2, S. 195, Bd. 3, S. 122, Bd. 18, S. 158

*) Anm. Der Eingang des Berufungsurtheils lautete: „In Sachen der offenen Handelsgesellschaft unter der Firma C. C. K. sowie deren Theilhaber, des Kaufmanns K. und des Kaufmanns F., und nunmehr der Letzteren Beiden allein."

ist es für die Regel als Leugnen des Klaggrunds, nicht als Einrede anzusehen, wenn die Darstellung des Beklagten nur darauf hinauskommt, daß der Kläger die Thatsachen, auf welche sich sein Anspruch gründet, nicht richtig oder nicht vollständig wiedergegeben habe, und diese Eigenschaft hat hier das Vorbringen der Beklagten. Denn es liegt die Behauptung darin, daß hinsichtlich des Preises der Vertragsabschluß in anderer Weise als vom Kläger angegeben werde, zu Stande gekommen sei. Die Beweislast trifft daher in diesem Punkte den Kläger.

Die Beklagten wenden ferner ein, die Wärmpfanne sei so undicht gearbeitet, daß sie das Wasser durchlasse, und wollen bis zur Beseitigung dieses Mangels die Gegenleistung zurückhalten. Sie erhoben damit den Anspruch auf Verbesserung des Apparats und ein solcher steht ihnen nicht zu.

Die Lieferung der Wärmpfanne ist als Kauf zu behandeln. Es ändert an dieser Eigenschaft des Vertragsverhältnisses nichts, führt insbesondere nicht zur Annahme eines Verdingungsvertrages, daß der Kläger zugleich die Aufstellung des Apparates an Ort und Stelle übernommen hatte. Denn diese Leistung hat, insofern sie, wie die Parteianführungen hinreichend erkennen lassen, nicht besondere Vorkehrungen auf dem Grund und Boden selbst erforderte, nur den Charakter einer Nebenleistung untergeordneter Art, welche für die Beurtheilung des Vertrages als Ganzen keine Bedeutung hat,

vergl. Wengler, Archiv Jahrgang 1886 S. 113 flg. verb. mit Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 9 S. 557 flg., Bd. 10 S. 62 flg.

Der Käufer, welchem behufs der Vertragserfüllung eine fehlerhafte Sache geliefert worden ist, hat, falls er es, was ihm beim Gattungskaufe freisteht, nicht vorzieht, die als Vertragsleistung ihm angebotene Sache zurückzuweisen und Lieferung einer anderen dem Vertrag entsprechenden Sache zu fordern,

vergl. Motive zu § 909 B.G.B. in Siebenhaars Kommentar Bd. 2 S. 149, 2. Aufl., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 1, S. 55, Goldschmidt, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 19, S. 115, Wengler, Archiv, Jahrgang 1889 S. 442, 750 flg.

zur Wahrnehmung seiner Rechte nur die Wahl zwischen der Aufhebung des Vertrages und der Minderung des Kaufpreises, bezw. unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Schadensersatz (§ 909, § 922 B.G.B.).

Dagegen steht ihm kein Recht auf Beseitigung der vorhandenen Mängel als selbstständige Leistung zu. Ein solches Recht gewährt ihm weder das H.G.B., welches die Rechte des Käufers gegenüber einer mangelhaften Vertragserfüllung in dieser Richtung überhaupt nicht geregelt hat, noch das Bürgerliche Gesetzbuch.

Vergl. Wengler, Archiv Jahrgang 1889 S. 442.

Damit fällt das von den Beklagten geltend gemachte Zurückhaltungsrecht, da es mit dem Rechte auf Verbesserung der Wärmpfanne seine Grundlage verliert (§ 768 B.G.B.)

Kündigung eines Vertrags, durch den Jemand einem Andern den Alleinverkauf eines Artikels auf unbestimmte Zeit übertragen hat.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 15. Januar 1890. (O. IV. 120/89).

Thatbestand.

Der Inhaber des Gasthauses „L.'s Hôtel" in Dresden verlangt von dem Beklagten als Generalvertreter der Freiherrlich Tucher'schen Brauerei in Nürnberg für das Königreich Sachsen die Erfüllung eines Vertrags, durch welchen Beklagter sich zunächst — im November 1882 für Dresden-Altstadt — in der Folge aber — im Juni 1883 — auch für Dresden-Neustadt verpflichtet hat, dem Kläger den Alleinverkauf des Tucher'schen Bieres in Fässern zum Ausschank und Verkauf für die erwähnten Stadtbezirke „auf so lange" zu übertragen, „als Klägers monatlicher Konsum nicht unter fünf Hektoliter sinke." Durch Brief vom 19. Februar 1889 hat Beklagter dem Kläger mitgetheilt, er löse den Vertrag, er hat auch seit dieser Zeit Tucher'sches Bier in Fässern an einen anderen Dresdner Wirth geliefert.

An Stelle des in der Klagschrift angekündigten Antrages, festzustellen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag noch bestehe, und daß es Beklagtem nicht erlaubt ist, an andere Restaurateure in Dresden ohne Klägers Genehmigung das Tucher'sche Bier in Fässern zum Ausschank direkt zu liefern, hat Kläger ohne Widerspruch des Beklagten gegen diese Aenderung dessen Verurtheilung dahin beantragt, den erwähnten Vertrag zu erfüllen und bei einer festzusetzenden Strafe des Verkaufs von Tucher'schem Biere in Fässern zum Ausschank an andere Dresdner Abnehmer sich zu enthalten.

Der Beklagte, welcher Widerklage auf Feststellung des Nichtbestehens des in Rede stehenden Vertrags erhoben hat, hält sich zur Lösung des Vertrags berechtigt, weil der Kläger wiederholt das festgesetzte monatliche Minimalquantum von 5 Hektolitern nicht abgenommen habe, indem er von der Ansicht ausgehe, daß dieses Quantum ein monatliches, absolut bestimmtes Minimalquantum bedeute, während der Kläger dieses Minimalquantum lediglich als ein durchschnittliches aufgefaßt haben will.

Die erste Instanz ist der klägerischen Auffassung beigetreten und hat, da unter den Parteien feststehe, daß der durchschnittliche Monatskonsum des Klägers bisher das vertragsmäßige Minimalquantum überstiegen habe, den Beklagten unter Abweisung der Widerklage dem Klagantrage gemäß verurtheilt.

Gegen dieses Urtheil hat der Beklagte Berufung eingelegt mit dem Antrage, den Kläger unter Abweisung seiner Klage dem Widerklagantrage entsprechend zu verurtheilen.

Zur Begründung der Berufung macht er geltend, in den Jahren 1887 und 1888 sei der Konsum des Klägers an Bier außerordentlich zurückgegangen. Er halte sich deshalb zu der im Briefe vom 19. Februar 1889 ausgesprochenen

Lösung des Vertrags berechtigt. In jedem Falle habe ihm aber das Recht zugestanden, die Lösung des Vertrags durch Kündigung herbeizuführen, da der Vertrag, wenn man die heutigen Erwerbsverhältnisse in Rücksicht ziehe, als auf ewige Zeiten abgeschlossen nicht angesehen werden könne.

Schließlich bekämpft der Beklagte die von der ersten Instanz befolgte Ansicht, daß das festgesetzte monatliche Minimalquantum als ein durchschnittliches zu verstehen sei.

Kläger tritt den rechtlichen Ausführungen des Beklagten entgegen, spricht insbesondere dem Beklagten die Füglichkeit ab, aus dem Sinken des Konsums in den Jahren 1887 und 1888 einen Vertragsauflösungsgrund für sich abzuleiten und behauptet, daß derartige Lieferungsverträge bei vertragsmäßiger Erfüllung seitens der Parteien überhaupt nicht einseitig kündbar seien. Ueberdies sei in solchen Fällen, wie der vorliegende, eine Vertragsdauer von 20 bis 30 Jahren nicht nur allgemein üblich, sondern auch zur Erzielung von Gewinn nothwendig.

Das Berufungsgericht hat nach Gehör eines Biergroßhändlers als Sachverständigen in theilweiser Beachtung der Berufung das erstinstanzliche Urtheil dahin abgeändert, daß festgestellt worden ist, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag bis zum 19. August 1889 bestanden hat und Beklagter bis zu diesem Zeitpunkt verbunden gewesen ist, den Vertrag zu erfüllen und sich des Verkaufs des bezeichneten Bieres in Fässern zum Ausschank und Verkauf an dritte, in Dresden wohnhafte Abnehmer zu enthalten, daß jedoch der Vertrag mit dem 19. August 1889 zur Endigung gelangt ist. Betreffs des Mehrgeforderten ist die Klage, soweit sie auf Erfüllung des Vertrags für die Zeit bis zum 19. August 1889 gerichtet gewesen ist, für erledigt erklärt, im Uebrigen dagegen ebenso wie in Bezug auf die Zeit vor dem 19. August 1889 die Widerklage abgewiesen worden.

Gründe.

In den Gründen wird zunächst ausgeführt, die Vereinbarung der Parteien, daß dem Kläger der Alleinverkauf des Tucher'schen Bieres übertragen sein solle, „so lange sein monatlicher Konsum nicht unter fünf Hektoliter sinke", könne nicht anders verstanden werden, als in der Weise, daß die Verpflichtung des Beklagten habe gelöst werden können sobald der Monatsbezug weniger als fünf Hektoliter betragen habe, daß also in jedem Falle, wo in einem Monate die Quantität des vom Kläger bezogenen Bieres das bezeichnete Minimalquantum nicht erreicht habe, der Beklagte berechtigt gewesen sei, von dem Vertrage zurückzutreten. Die Gründe fahren dann fort.

Es kann aber, wie zu Gunsten des Klägers in Betracht kommt, der in Rede stehende Vertrag auch nur so verstanden werden, daß in dem Falle, wenn die vom Kläger in einem Monate bezogene Quantität Bier das Quantum von fünf Hektolitern nicht erreichen würde, das Vertragsverhältniß nicht ohne Weiteres als erloschen zu betrachten, sondern dem Beklagten das Recht vorbehalten sein

solle, den Vertrag einseitig zu lösen, dergestalt, daß ihm die Wahl zustand, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen oder unter Verzicht auf dasselbe den Vertrag fortsetzen wolle.

Unstreitig hat der Kläger zum letzten Male im August 1888 weniger als das festgesetzte Minimalquantum bezogen. Es stand also dem Beklagten das vorgedachte Wahlrecht nach Ablauf des August 1888 zu. Wenn nun aber derselbe wie im Einverständnisse der Parteien beruht, bis in den Februar 1889 hinein dem Kläger weiterhin Bier in monatlichen das Quantum von fünf Hektolitern übersteigenden Mengen lieferte, ohne sich alsbald nach Ablauf des Augusts über sein Wahlrecht zu äußern, so kann und konnte insbesondere vom Kläger diese Handlungsweise nur als eine stillschweigende Willenserklärung dahin aufgefaßt werden, daß er auf das Recht zur Ausführung des Vertrags verzichten und den Vertrag mit dem Kläger, welcher seinerseits durch Fortbezug des Bieres sich hiermit einverstanden bezeigte, fortsetzen wolle.

Es stand demgemäß dem Beklagten am 19. Februar 1889 nicht mehr zu, auf das durch seinen Verzicht erloschene Recht zur Lösung des Vertrags zurückzukommen.

Eine andere Frage dagegen ist die, ob der Beklagte nicht an sich nach dem Vertrage die Füglichkeit hatte, durch einseitige Aufkündigung den Vertrag zum Erlöschen zu bringen. Diese Frage war zu bejahen. Es folgt dies, wie schon in der von dem Beklagten für sich angezogenen Entscheidung des 3. Civilsenats des Oberlandesgerichts*) hervorgehoben worden ist, aus der durch den Wechsel des wirthschaftlichen Bedürfnisses und die Zweiseitigkeit des Vertragsverhältnisses begründeten Annahme, daß nach der Absicht der Kontrahenten jedem Theil das Recht habe eingeräumt werden sollen, den Vertrag durch einseitige Willenserklärung nach Ablauf einer angemessenen Kündigungsfrist zur Endigung zu bringen und der dem Beklagten unter der obengedachten Voraussetzung berechtigungsweise zugestandene Vorbehalt zur sofortigen Lösung des Vertrags kann nicht zu Gunsten des Klägers in der Weise gedeutet werden, daß sich Beklagter hierdurch seines Rechts, den Vertrag aus anderen Gründen aufzulösen, habe begeben wollen.

Im vorliegenden Falle erscheint es um so unbedenklicher, dem Beklagten das Recht zur Kündigung des Vertrags zuzusprechen, als der Vertrag nach dem Einverständnisse der Parteien bereits eine längere Reihe von Jahren angedauert hat.**)

Hiernach kann es sich nur noch um die Frage handeln, welche Kündigungsfrist im vorliegenden Falle Seiten des Beklagten einzuhalten gewesen sei. Wenn man dieselbe auf 6 Monate bemessen hat, so beruht dies einestheils darauf, daß

*) Anm. diese Entsch. (III. C. 24/89) betraf den Antrag des Klägers auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen den Beklagten.

**) Anm. des Eins.: vergl. auch Wengler's Archiv, 1890, S. 691 flg.

nach der gutachtlichen Auslassung des als richterlichen Gehülfen zugezogenen Sachverständigen die Einführung eines neuen Bieres in der Art des Tucher'schen bei den örtlichen Verhältnissen Dresdens und der Konkurrenz nicht nur bedeutende Geldopfer und Mühewaltung, sondern auch besonders einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt, anderentheils darauf, daß bei der Länge des Zeitraums, während dessen der Vertrag bereits bestanden hat, die Anforderung einer zweijährigen Kündigungsfrist, wie sie der Sachverständige nach seiner auf eine bestehende Uebung nicht gestützten Ansicht für erforderlich bezeichnet, als zuweitgehend zu betrachten war.

Aus dem Ausgeführten ergiebt sich, daß das Verlangen des Klägers auf Vertragserfüllung zur Zeit der Anstellung der ursprünglich auf Feststellung der Erfüllungspflicht gerichteten Klage begründet gewesen, das Klagrecht aber im Laufe des Prozesses — am 19. August 1889 — mit dem Vertrage selbst erloschen ist, so daß eine Verurtheilung zur Erfüllung des Vertrags nach der Beschaffenheit der geforderten Leistung überhaupt nicht mehr ausgesprochen werden kann, vielmehr für die Zeit vom 19. August 1889 ab die mit der Widerklage geforderte Feststellung der Endigung des Vertrags auszusprechen ist. Wie aber eine im Laufe des Prozesses eingetretene Erledigung des Klagrechts nicht einen auf die Abweisung der Klage gerichteten Ausspruch zur Folge haben kann, so erschien es auch — zumal der den entgegengesetzten Erfolg anstrebenden Widerklage gegenüber — zulässig und durch das Interesse des Klägers geboten, dem Klagantrage in dem geringeren Umfange eines auf die Feststellung der Erfüllungspflicht des Beklagten für die Zeit bis zum 19. August 1889 gerichteten Ausspruchs stattzugeben, der, wie die Verhältnisse hier liegen, nur eine beschränktere Beachtung des Klagantrags enthält, welcher insoweit von dem Kläger selbst nach § 240 Nr. 2 und 3 der C.P.O. zulässiger Weise hätte modificirt werden dürfen,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XXIII, S. 419.

Dementsprechend war die Widerklage soweit sie auf die Feststellung des Nichtbestehens des Vertrags für die Zeit vor dem 19. August 1889 gerichtet ist, abzuweisen.

Zum Begriffe der Novation.

Urtheil des R.G.'s vom 2. Juli 1896. (VI. 81/96.)

Entscheidungsgründe.

Geklagt ist auf die Feststellung der vom Kläger unter Nr. 42 der A.'schen Konkurstabelle angemeldeten und vom verklagten Konkursverwalter bestrittenen Konkursforderung in Höhe von 14977,25 ℳ. Zunächst fragte sich, ob es glaubhaft sei, daß der durch die Abweisung dieser Klage gegebene Beschwerdewerth, wie nach § 508 der C.P.O. erforderlich, mehr als 1500 ℳ betrage. Dies war nach Maßgabe von § 136 der K.O. zu bejahen, da bereits in der Klagschrift

der Kläger die bestimmte Angabe gemacht hatte, daß in der Masse ungefähr $11\frac{1}{2}\%$ liegen und demzufolge die Kostenberechnung in diesem Prozesse bisher nach einem Streitwerthe von 1700 ℳ gemacht worden ist, ohne daß von der einen oder der anderen Seite Widerspruch dagegen erfolgt wäre. Die Revision erschien somit als zulässig.

Für begründet konnte sie dagegen nicht erachtet werden. Die angemeldete Forderung stellt den Ausfall dar, welchen der Kläger auf eine ihm gegen den Gemeinschuldner A. zustehende Darlehnsforderung von 15000 ℳ, für die letzterer ihm 15000 ℳ auf sein Grundstück gewilligte Handfesten, folgend nach 40000 ℳ, versetzt hatte, beim öffentlichen Verkaufe des Grundstückes erlitten haben will. Ob die Gründe, aus denen das O.L.G. dem Kläger diese Forderung abgesprochen hat, zutreffen, kann dahin gestellt bleiben, da die Entscheidung jedenfalls aus dem folgenden Grunde aufrecht zu halten sein würde. Für die fragliche Schuld des A. hatte die Firma Gebr. U. zu Herford am 1. Mai 1895 die Bürgschaft übernommen. Zur Erfüllung dieser Bürgschaftsverpflichtung stellte sie dann am 25. Mai 1895 dem Kläger eine „Obligation" aus, worin sie erklärte, diesem 15000 ℳ aus einem Darlehen schuldig geworden zu sein, sich verpflichtete, dieses Kapital mit 5% jährlich zu verzinsen und nach vorheriger dreimonatiger Kündigung zurückzuzahlen, und dem Kläger dafür 15000 ℳ annoch von ihr auf das inzwischen von ihr erkaufte bisherige Grundstück des Gemeinschuldners zu willigende Handfesten, folgend nach 40000 ℳ, verpfändete. Hieraus folgt ohne Weiteres, daß die Forderung, welche dem Kläger gegen den Gemeinschuldner zustand, getilgt, oder höchstens vielleicht auf Gebr. U. übergegangen ist, jedenfalls also dem Kläger nicht mehr zusteht, wie dies auch schon vom Landgerichte angenommen worden ist. Das Berufungsgericht freilich ist gerade dieser Begründung der Klagabweisung entgegengetreten, und hatte insofern auch Veranlassung dazu, als das Landgericht hier mit dem Begriffe der Novation operirt hatte. Eigentlich technisch heißt „Novation" im gemeinen Rechte nur dasjenige Rechtsgeschäft, bei dem sich Uebernahme einer Verpflichtung und Aufgeben einer bis dahin bestehenden Forderung gleichen Inhaltes als Leistung und Gegenleistung gegenüber stehen. l 1 pr. D. de nov. 46,2. Von diesem Rechtsgeschäft gilt der Satz, daß im Zweifel keine Novation, sondern nur der Hinzutritt einer accessorischen Verbindlichkeit anzunehmen ist; vgl. Entscheidungen des R.G.'s in C.S. Bd. 14, S. 210 flg. Hier paßt aber dieser Satz nicht. Denn hier sind, wie es heutzutage sehr häufig vorkommt, die Kontrahenten, nämlich Gebr. U. und der Kläger, übereingekommen, daß die bisherige Schuld, hier die Bürgschaftsschuld, kurzer Hand als bezahlt gelten, und der Zahler, hier die Firma Gebr. U., das Geld gleich als Darlehen behalten solle. Was hier vorgegangen ist, ist allerdings sicher keine Novation im technischen Sinne; dagegen liegt rechtlich eine wirkliche Zahlung der Bürgschaftsschuld und ein wirklicher Darlehnsvertrag vor, nach l 15 D. de R. C. 12,1. Will man einen solchen Vorgang dennoch als Novation in einem

weitern Sinne bezeichnen, so ist jedenfalls kein Anlaß zum Zweifel darüber gegeben, ob das ältere Schuldverhältniß aufgehoben sein sollte; ohnedies wäre vielmehr der Hergang überhaupt nicht denkbar; denn es ist begrifflich unmöglich, daß ein Schuldner dieselbe Geldsumme zugleich aus einer Bürgschaft und aus einem Darlehn schulde. Daß hier der Hergang so war, steht formell ganz fest; da nicht nur die Urkunde so lautet — dieser gegenüber könnte noch ein abweichender wahrer Vertragswille behauptet sein —, sondern auch die Darstellung des Klägers selbst nach dem Thatbestande erster Instanz gerade dahin gegangen ist, es habe damit die Bürgschaftsverpflichtung der Gebr. U. erfüllt werden sollen. Demgegenüber war die spätere, vom O.L.G. hervorgehobene Bemerkung des Klägers, seine Forderung an A. sei damit keineswegs getilgt, nur eine falsche Rechtsausführung; denn wenn der Bürge den Gläubiger völlig befriedigt hat, kann der letztere auch nichts mehr vom Hauptschuldner zu fordern haben.

Da somit die Revision zurückgewiesen werden mußte, waren nach § 92 Abs. 1 C.P.O. auch die Kosten dieser Instanz dem Kläger zur Last zu legen.

Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft wegen nicht statutenmäßiger Einberufung. Ist gegenüber der Erklärung Jemandes, daß er an einen Andern keinen Anspruch bez. einen gewissen Anspruch nicht mehr habe, eine die Rechtmäßigkeit dieser Erklärung bestreitende Klage dieses Anderen möglich? Negative Feststellungsklage.

Reichsgericht VI. Civ.-Sen., Urth. v. 16. November 1896. VI. 198/96.

Von dem Vorsitzenden des Aufsichtsraths einer Aktien-Bierbrauerei in Kitzingen war in den hierzu bestimmten Blättern eine Generalversammlung auf den 29. Dezember 1893 einberufen worden. Auf der Tagesordnung stand u. A. der Antrag, den nachmaligen Klägern O. und C. R. v. D., dem Ersteren als Aufsichtsrath, dem Letzteren als Gründer und eventuellen Gründer, vollkommene Decharge zu ertheilen. Die Kläger stellten den Antrag auf Anberaumung einer neuen Generalversammlung, eventuell auf Vertagung, und als diese abgelehnt wurde, verlangten sie Verwerfung des erwähnten Antrags, wonach ihnen selbst vollkommene Decharge ertheilt werden sollte, indem sie geltend machten, ihre Entlastung sei bereits nach Art. 213e und 226 des H.G.B.'s eingetreten, eine Decharge-Ertheilung Seiten der Aktiengesellschaft sei also gegenstandslos. Der von ihnen bekämpfte Antrag wurde aber mit 242 gegen 43 Stimmen angenommen. Sie erhoben, nachdem inzwischen Konkurs zum Vermögen der Aktiengesellschaft eröffnet war, Anfechtungsklage gegen den Vorstand der Aktiengesellschaft, gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths und die durch den Konkursverwalter vertretene Aktiengesellschaft mit dem Antrage, den Beschluß der Generalversammlung, die ihnen ertheilte Decharge betreffend, als nichtig und rechtswidrig aufzuheben. Die

Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen und die Revision mit der nachstehenden Begründung zurückgewiesen, aus der sich der weitere Sachstand ergiebt.

Das Berufungsgericht erachtet die Anfechtungsklage ungeachtet der Konkurseröffnung für statthaft und die Voraussetzung der Erklärung des Widerspruchs gegen den Beschluß für gegeben, die Einberufung zur Generalversammlung zwar für formwidrig, die Formwidrigkeit aber für einflußlos. Es erkennt ferner an, daß die Anfechtungsklage nicht des Nachweises eines besonderen rechtlichen Interesses bedürfe, sondern schon durch das Interesse begründet sei, daß kein mit dem Gesetze oder dem Gesellschaftsvertrage im Widerspruch stehender Beschluß Rechtswirksamkeit erlange, erachtet aber auch den auf die angebliche Unzulässigkeit der Decharge-Ertheilung gestützten Klagegrund für haltlos, da diese Erklärung gegen kein Gesetz verstoße.

Die Revision macht geltend, der Anfechtende habe nur die Gesetzes- oder Statutenverletzung nachzuweisen. Sache des Gegners sei es, den Beweis zu erbringen, daß die gerügte Verletzung auf das Zustandekommen des angefochtenen Beschlusses ohne allen Einfluß gewesen sei. Verletzungen dagegen, deren Einfluß sich nicht mit Bestimmtheit übersehen lasse, begründeten stets die Anfechtung. Hierzu gehöre der vorliegende Fall. Weil die Berufung der Generalversammlung und die Feststellung der Bekanntmachung nicht von dem durch das Statut dafür bestimmten Organ erfolgt sei, habe kein Aktionär davon Notiz zu nehmen gebraucht. Nach Inhalt des Protokolls über die Generalversammlung vom 29. Dezember 1893 seien auch von dem Aktienkapital von 420000 ℳ in der Versammlung nur 276000 ℳ vertreten gewesen, wovon für den Dechargebeschluß nur 242000 ℳ gestimmt hätten. Es lasse sich nicht aufklären, ob nicht im Falle vorschriftsmäßiger Ladung die fehlenden 144000 ℳ sämmtlich oder zum Theil vertreten gewesen sein würden, und ob nicht durch deren Theilnahme an der Diskussion das Endergebniß ein anderes geworden wäre. Darauf, ob die beiden Aufsichtsrathsmitglieder K. und H. durch ihr nachheriges Verhalten ihr Einverständniß mit dem Vorsitzenden des Aufsichtsraths W. zu erkennen gegeben, komme es nicht an. Ueberdies seien sie dem Dechargebeschluß nicht beigetreten. Es sei Beweis angeboten worden, daß die beiden Aufsichtsrathsmitglieder, R. K. und H., bei Beginn der Generalversammlung erklärt hätten, sie seien um die Einberufung einer Generalversammlung gar nicht gefragt worden, eine Aufsichtsrathssitzung über die Einberufung einer Generalversammlung habe überhaupt gar nicht stattgefunden, sie würden entschieden gegen eine Generalversammlung mit solcher Tagesordnung gestimmt haben, da sie gegen jede Dechargeertheilung seien. Die vom Berufungsgericht angewendeten Grundsätze könnten nur angewendet werden, wo die beschließende Versammlung eine Generalversammlung gewesen sei. Generalversammlung im Sinne des Gesetzes sei nur eine solche, die von dem gesetzlich oder statutenmäßig bestimmten Organ unter gleichzeitiger Mittheilung der von demselben Organ

festgestellten Tagesordnung berufen sei. Eine durch ein anderes Organ einberufene Versammlung sei keine Generalversammlung. Deren Beschlüsse seien nichtig und bedürften nicht erst der Anfechtung.

Die Revision konnte nicht für begründet erachtet werden.

Rechtsgrund der Anfechtung aus Artikel 190a und 222 des Handelsgesetzbuchs in der Fassung des Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884, ist Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrags. Unter Verletzung des Gesetzes fällt die Verletzung jeder Rechtsnorm, materiellen oder formellen. Die Anfechtung kann somit auf die Verletzung von Gesetz und Statut begründet werden, die bei der Vorbereitung der Generalversammlung erfolgt ist.

Das Berufungsgericht stellt nun fest, daß die Einberufung der Generalversammlung nicht durch den Vorstand erfolgt sei und daß der Einberufung des Vorsitzenden des Aufsichtsraths eine Beschlußfassung des Aufsichtsraths, sei es zu Protokoll oder durch Zirkularabstimmung, hätte vorausgehen sollen.

Aus der nach dem Thatbestande des Berufungsurtheils verlesenen öffentlichen Bekanntmachung vom 8. Dezember 1893 im Zusammenhalt mit § 31 der Statuten, deren einschlägige Bestimmungen gleichfalls verlesen wurden, ergibt sich aber, daß die Bekanntmachung selbst in der vorgeschriebenen Form durch Erlaß des Vorsitzenden des Aufsichtsraths unter der Firma der Gesellschaft erfolgte.

Unter welchen Voraussetzungen Mängel der Berufung der Versammlung den Charakter einer Generalversammlung mit der Wirkung benehmen, daß die Beschlüsse als nichtig einer Anfechtung gar nicht bedürften, ist streitig. (Vergl. Staub, Kommentar z. A. D. Handelsgesetzbuch, III. und IV. Aufl. S. 559. Petersen-Pechmann a. a. O. S. 218, 219. Ring, das Reichsgesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien rc. II. Aufl. S. 581). Geht man auch von der Unterscheidung zwischen dem Fall der Berufung durch ein unzuständiges Organ und dem Falle der ordnungswidrigen Berufung durch ein zuständiges Organ aus, (Staub a. a. O. S. 559, Petersen-Pechmann a. a. O. S. 219), so würde hier doch nur die zweite Alternative in Frage kommen und demgemäß auch nach dieser Unterscheidung die Versammlung vom 29. Dezember 1893 als Generalversammlung gelten.

Wie auch das Reichsgericht anerkannt hat, findet aber die Anfechtung ihre Grenze in der Einflußlosigkeit der Verletzung. Staub a. a. O. S. 491, 492. Entscheidung des Reichsgerichts I. Civilsenats vom 15. November 1893 in Sachen L. gegen W. I. 272/93. Bolze Bd. 17 Nr. 533.

Das Berufungsgericht findet diese Einflußlosigkeit darin, daß die Mitglieder des Aufsichtsraths ihr Einverständniß mit der Art der Einberufung und dem Inhalte derselben durch ihr Verhalten zu erkennen gegeben. Ob dieses Einverständniß dem Beweisanerbieten der Kläger gegenüber auch auf Seite der Aufsichtsräthe K. und H. angenommen werden durfte, mag ebenso dahin gestellt bleiben, als die

Frage, ob die nachträgliche Zustimmung der Aufsichtsräthe unter allen Umständen den Formmangel zu heben vermöchte. Entscheidend für die Annahme der Einflußlosigkeit einer solchen Formwidrigkeit ist, daß ihr weder die Verkümmerung des Rechtes eines Aktionärs noch ein Einfluß auf das Zustandekommen des angefochtenen Beschlusses zugeschrieben werden kann. Die Revision macht allerdings geltend, daß die Theilnahme ausgebliebener Aktionäre an der Diskussion möglicher Weise das Ergebniß der Abstimmung beeinflußt haben würde. Die Bekanntmachung der Einberufung wäre aber genau in derselben Form erfolgt, wenn der Formmangel nicht vorgelegen hätte, die Berufung somit auf Grund eines Beschlusses des Aufsichtsraths veröffentlicht worden wäre. Nach Außen ist somit die vorgelegene Ordnungswidrigkeit nicht in die Erscheinung getreten. Dafür, daß dieser Vorgang bekannt geworden und etwa irgend ein Aktionär sich deshalb vom Besuche der Generalversammlung hätte abhalten lassen, liegt nichts vor. Die Ordnungswidrigkeit durfte daher für einflußlos erachtet werden.

Der Ausführung des Berufungsgerichts, daß keine Rechtsnorm bestehe, gemäß der ein wirklich oder vermeintlich Berechtigter nicht befugt sei, seine Anerkennung dahin zu erklären, daß ihm keine Ansprüche gegen einen Dritten oder solche nicht mehr zustehen, konnte nur zugestimmt werden. Der Beschluß verstößt gegen kein Gesetz oder irgend eine Rechtsnorm. Wer anerkennt, daß er keinen Anspruch gegen einen Dritten habe, greift in dessen Rechte nicht ein. Feststellungsklagen aber betreffen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses. Für die bloße Feststellung eines Aufhebungs**grundes für sich** gegenüber der Anerkennung, daß ein Schuldverhältniß nicht bestehe, gibt es keine Klage.

Die Revision war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Tragweite einer gerichtlichen Entscheidung, durch welche vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 eine Klage darauf, daß ein Anderer sich eines gewissen Waarenzeichens nicht bedienen dürfe, rechtskräftig abgewiesen ist, für die Rechtsverhältnisse nach dem Inkrafttreten jenes Gesetzes.

R.G. I. Civ.S. Urth. vom 2. Dezember 1896. I. 230/96.

Für die Beklagte, die Gesellschaft D. & Co., war am 22. Januar 1891 in das Zeichenregister des Amtsgerichts zu Frankfurt a. M. ein Waarenzeichen für Verpackung von Seife eingetragen worden, bestehend in einer ovalen Marke, in deren Umgrenzung sich eine sitzende Eule befindet mit der Umschrift „Doerings Seife, Preis 40 Pfennige".

Als darauf die Klägerin eine Seife unter Benutzung einer ovalen Marke, in deren Umgrenzung sich ein sitzender Adler mit der Umschrift „Apotheker F. C. Doering's Seife, Preis 40 Pfennige" befindet, in den Handel brachte, erhob die jetzige Beklagte Klage gegen sie auf Ausspruch der Nichtberechtigung zur Bezeich-

nung von Seife mit dem für sie, die damalige Klägerin, eingetragenen Waarenzeichen oder mit ihrer Firma und zum Feilhalten solcher Seife, sowie auf Schadensersatz. Diese Klage wurde jedoch durch Urtheil des Landgerichts I zu Berlin vom 28. November 1892 als unbegründet abgewiesen, und dieses Urtheil ist rechtskräftig geworden.

Am 19. Juni 1893 wurde dann das erwähnte Waarenzeichen mit dem Adler für die jetzige Klägerin, die Firma P. & F., in das Zeichenregister des Amtsgerichts zu Charlottenburg eingetragen.

Nachdem das Reichsgesetz zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 in Kraft getreten war, meldete die Klägerin das Zeichen mit dem Adler, die Beklagte das Zeichen mit der Eule beim Reichspatentamt zur Eintragung in die Zeichenrolle an. Gegen die Eintragung des von der Klägerin angemeldeten Zeichens erhob die Beklagte Widerspruch wegen Uebereinstimmung dieses Zeichens mit dem für sie, die Beklagte, in das Zeichenregister des Amtsgerichts zu Frankfurt a. M. eingetragenen Zeichen. In Folge dieses Widerspruchs wurde durch Entscheidung des Patentamts, Abtheilung für Waarenzeichen, die Eintragung des von der Klägerin angemeldeten Zeichens wegen Uebereinstimmung mit dem älteren für die Beklagte eingetragenen Zeichen versagt, und die dagegen von der Klägerin erhobene Beschwerde durch Beschluß der Beschwerdeabtheilung des Patentamts vom 10. Juni 1895 als ungerechtfertigt zurückgewiesen.

Nunmehr erhob die Klägerin Klage mit dem Antrage, die Beklagte zu verurtheilen, einzuwilligen, daß das für die Klägerin in das Zeichenregister des Amtsgerichts zu Charlottenburg eingetragene Waarenzeichen in die Zeichenrolle des Patentamts übertragen werde. Sie stützt sich auf das oben erwähnte Urtheil des Landgerichts I zu Berlin vom 28. November 1892 und die Eintragung in das Zeichenregister des Amtsgerichts zu Charlottenburg.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen; die Gründe des Urtheils des Reichsgerichts lauten:

Nach § 6 Abs. 2 des Gesetzes zum Schutz der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 ist die Entscheidung des Patentamts, daß die beiden in Frage stehenden Waarenzeichen mit einander übereinstimmen, eine endgültige. Es fragt sich daher nur, ob der Klägerin ungeachtet dieser Uebereinstimmung ein Anspruch auf Eintragung gegen die Beklagte zusteht. Mit Recht ist dies von den Instanzgerichten verneint worden.

Die in dem Vorprozeß erhobene Klage war dagegen gerichtet, daß die jetzige Klägerin das Zeichen mit dem Adler zur Kennzeichnung ihrer Waare benutzte. Das diese Klage abweisende und rechtskräftig gewordene Urtheil stellte das streitig gewesene Rechtsverhältniß dahin fest, daß die Gesellschaft D. & Co. fortan nicht berechtigt war, die Gesellschaft P. & F. an der Benutzung jenes Zeichens zur Waarenbezeichnung zu hindern. Nachdem sodann die zuletzt genannte Firma (die jetzige Klägerin) das von ihr benutzte Zeichen in das Zeichenregister des Amts-

gerichts Charlottenburg hatte eintragen lassen, ergab sich eine mittelbare fernere Folge des Urtheils aus dem § 11 des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 in Verbindung mit dem aus § 293 der C.P.O. abzuleitenden Grundsatz, daß die rechtskräftig gewordene Abweisung eines Anspruchs die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache auch gegen einen solchen Anspruch begründet, für den der abgewiesene Anspruch eine nothwendige Voraussetzung bildet. Weil die Beklagte (D. & Co.) nicht berechtigt war, die Klägerin von der Benutzung des Zeichens mit dem Adler auszuschließen, war sie auch nicht in der Lage, die Löschung dieses Zeichens, nachdem es eingetragen worden war, herbeizuführen. Sie mußte es als ein durch das Gesetz vom 30. November 1874 geschütztes gelten lassen. Weiter aber reicht die Tragweite des in dem Vorprozeß ergangenen Urtheils nicht. Es entzieht der Beklagten nicht die Befugniß, auf Grund ihrer älteren Zeichenanmeldung vom Jahre 1891 Widerspruch dagegen zu erheben, daß die Klägerin für das von ihr benutzte Zeichen auch den Schutz des neuen Gesetzes erlangt. Anders läge die Sache nur dann, wenn das Gesetz vom 12. Mai 1894 bestimmte, daß die in die amtsgerichtlichen Zeichenregister eingetragenen Waarenzeichen nach erfolgter Anmeldung beim Patentamt ohne Weiteres in die Zeichenrolle einzutragen seien. Das ist aber, wie sich aus § 24 des Gesetzes ergiebt, nicht der Fall. Nur die Eintragung derjenigen in die Zeichenregister eingetragenen Zeichen, die auf Grund eines älteren landesgesetzlichen Schutzes eingetragen worden sind, darf nicht versagt werden; alle übrigen sind nur dann in die Zeichenrolle einzutragen, wenn sie den Erfordernissen des neuen Gesetzes entsprechen. Die frühere Eintragung in das Zeichenregister oder vielmehr die ihr zu Grunde liegende Anmeldung hat nur Bedeutung für die Frage der Priorität. Hiervon abgesehen, ist das Schutzrecht, das durch die Eintragung in die Zeichenrolle gewonnen wird, ein von der früheren Eintragung unabhängiges, auf selbständigen Voraussetzungen beruhendes neues Recht, nicht das alte Recht mit lediglich neuer formaler Grundlage. Daraus folgt dann aber mit Nothwendigkeit, daß die Eintragung in das Zeichenregister des Amtsgerichts Charlottenburg und das im Vorprozesse ergangene Urtheil nicht geeignet sind, einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Eintragung ihres Zeichens in die Zeichenrolle zu begründen.

Unerheblich ist die Behauptung der Klägerin, daß zuerst sie und der mit ihr in Verbindung stehende Apotheker F. C. D. in Berlin unter der damals noch nicht eingetragenen Adlermarke Toilettenseife hergestellt und vertrieben habe. Die blos thatsächliche Benutzung dieses Zeichens gewährte kein Prioritätsrecht gegenüber der zuerst erfolgten Zeichenanmeldung der Beklagten. Unerheblich ist auch die fernere Behauptung, daß der Mitinhaber der beklagten Gesellschaft, R. M., mit einem anderen aus Berlin stammenden Apotheker D. zu einer offenen Handelsgesellschaft unter der Firma D. & Co. zusammengetreten sei, um ebenfalls D.'sche Seife in den Handel bringen zu können, und daß diese Ge-

sellschaft am 30. Dezember 1890 gegründet, der genannte D. aber schon am 1. Januar 1891 wieder ausgetreten und eine andere Person an seine Stelle getreten sei. Ist das richtig, was die Klägerin behauptet, so folgt daraus höchstens, daß der Registerrichter eine Aenderung der Firma der Beklagten als einer der Wahrheit nicht entsprechenden erzwingen könnte. So lange eine Aenderung nicht durchgesetzt wird, bleibt die eingetragene Firma die Firma der Beklagten, und das für die Firma eingetragene Waarenzeichen ein Waarenzeichen dieser Firma. Im Falle einer Aenderung konnte überdies gemäß § 5 Nr. 2 des Gesetzes vom 30. November 1874, und kann gemäß § 3 Nr. 3 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 das Zeichenrecht für die neue Firma gewahrt werden.

Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld und wegen Mangels jeden Grundes vom gutgläubigen Erwerber nach sächsischem und französischem Rechte. Bereicherung. § 1527, § 1550 des B.G.B.'s, Art. 1380, 1378, 1379 Code civil.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 6. März 1894, O. IV. 199/93.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den nachstehenden Gründen, aus denen die in erster Instanz ausgesprochene Klagabweisung gebilligt wurde:.

Die Klägerin war als Zahlstelle auf einem Ende April 1893 zahlbaren Wechsel benannt, welcher von der Firma Lehmann Frères in Straßburg als Bezogener angenommen war. Der Wechsel ging durch Indossament des Ausstellers und Remittenten auf den Beklagten über, wurde in dessen Auftrage am 2. Mai 1893 im Bankgeschäfte der Klägerin durch die Post zur Zahlung vorgelegt und, ungeachtet die Firma Lehmann Frères bereits Mitte April 1893 in Konkurs verfallen war, von einem Angestellten der Klägerin bezahlt. Letztere fordert von dem Beklagten Erstattung des gezahlten Wechselbetrags von 446 ℳ 75 ₰. unter der Behauptung, die Bezahlung des Wechsels sei vor sich gegangen, ohne daß sie Deckung gehabt habe, und dem Umstande zuzuschreiben, daß ihr Prokurist G., seinem vorher gefaßten Entschlusse zuwider, im Drange der Geschäfte verabsäumt habe, den an der Kasse thätigen Beamten zur Ablehnung der Wechselzahlung anzuweisen.

Daß die geleistete Zahlung der Erfordernisse einer giltigen, zur Tilgung der Wechselobligation geeigneten Einlösung des Wechsels ermangelt habe, ist nicht dargethan. Namentlich ist genügender Anhalt für die Annahme zu vermissen, daß auf Seiten der Klägerin der Wille gefehlt habe, den streitigen Betrag zum Zwecke der Einlösung eben dieses Wechsels zu bezahlen. Die klagende Gesellschaft wurde bei der Bezahlung der Wechselsumme an die Post durch den in ihrem Geschäfte angestellten Kassirer vertreten. Daß es außerhalb des allgemeinen Auftrags des letzteren gelegen habe, Wechsel, welche von der Post im Bankgeschäfte der Klägerin zur Zahlung vorgelegt wurden, einzulösen, und er daher zur Be-

zahlung des jetzt in Rede stehenden Wechsels einer besonderen Ermächtigung bedurft habe, läßt sich nicht ohne weiteres voraussetzen und wird von der Klägerin selbst nicht behauptet. Es muß aber auch angenommen werden, daß der Kassirer bei der Bezahlung der Wechselsumme an den Postboten beabsichtigt hat, dieselbe gerade auf den hier fraglichen Wechsel behufs dessen Einlösung namens der Klägerin zu berichtigen.

Dies wird auf Grund der Beweisergebnisse näher ausgeführt und sodann fortgefahren:

Ist aber davon auszugehen, daß die geleistete Zahlung eine giltige Honorirung des mehrerwähnten Wechsels seiten der Klägerin enthalte, so erscheint das von derselben in Anspruch genommene Rückforderungsrecht nach den Grundsätzen des in Straßburg geltenden Rechtes, nach welchem der Klaganspruch aus den von der vorigen Instanz dargelegten Gründen zu beurtheilen ist, nicht gerechtfertigt, da alsdann das Vermögen des Beklagten durch die Wechselzahlung, mit welcher er nur die Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung empfing, keine Bereicherung erfahren hat.

Es ist vorauszusetzen daß sich der Beklagte beim Zahlungsempfange in gutem Glauben befunden habe, da es an einem gegentheiligen Beweise völlig gebricht. Die Klägerin hat in dieser Hinsicht mehr nicht angeführt, als daß sie dem Beklagten am 2. Mai 1893 durch einen noch vor dem Gelde bei ihm eingegangenen Brief mitgetheilt habe, sie verlange Rückgabe der Wechselsumme, weil deren Bezahlung auf einem Versehen beruhe, und diese Thatsache ist zur Begründung der Annahme, daß sich der Beklagte beim Zahlungsempfang in unredlichem Glauben befunden habe, nicht genügend. Zwar könnte sich fragen, ob ihm nicht der Vorwurf unredlicher Handlungsweise zur Last fiele, wenn er bei der Einkassirung des Wechsels in dem Bewußtsein gehandelt hätte, daß die Klägerin keine Deckung in Händen habe und daher den Wechsel nur in Folge eines Irrthums in Bezug auf die Thatsache des Bankerotts der bezogenen Firma oder des Mangels genügender Deckung einlösen könne. Allein das ist aus dem oben gedachten Klaganführen nicht zu entnehmen. Denn abgesehen davon, daß jene bloße Mittheilung nicht geeignet war, den Beklagten von der Richtigkeit des von der Klägerin behaupteten Sachverhalts zu überzeugen, erfuhr auch derselbe von deren Versehen erst zu einer Zeit, als der gezahlte Betrag durch die Post bereits einkassirt, mithin, da letztere hierbei im Auftrage und Namen des Beklagten thätig wurde, derselbe bereits in dessen Vermögen übergegangen war.

Nach dem in Straßburg geltenden Civilrechte findet nun, gleichwie nach gemeinem Rechte und dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche (§§ 1527 und 1550), die Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld und wegen Mangels jeden Grundes gegen denjenigen, welcher die grundlose Leistung in gutem Glauben in Empfang genommen hat, nur dann, wenn er dadurch bereichert worden ist, und nur bis zum Betrage dieser Bereicherung statt. Man vergl.

Code civil, Art. 1380 verb. 1378, 1379, Zachariä, Handbuch des franz. Civil-Rechts Bd. 2, § 442, Anm. 13, S. 694 der 6. Aufl., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 22, S. 368 flg., sowie das von der Klägerin angezogene Urtheil des Reichsgerichts in der Notariats-Zeitung für Elsaß-Lothr. Jahrgang 1892 S. 255.

Im vorliegenden Falle ließ aber die Einlösung des Wechsels die Vermögensbilanz des Beklagten unverändert, indem der Geldbetrag, welchen sie einerseits dessen Vermögen zuführte, durch die Tilgung des Wechselrechts des Beklagten, welche andererseits mit der Zahlung verbunden war, aufgewogen wurde. Man vergl. u. a.

l. 8, l. 11 und l. 44 D. de cond. ind. 12, 6, l. 1 § 19 D. si quid in fraud. patr. 38, 6, l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20, 5, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 13 S. 182 flg., Bd. 29 S. 1 flg., Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 17 S. 4, Sächs. Bürgerliches Gesetzbuch § 1524 Satz 2, Thöl, Handelsrecht § 329 unter II no. 1 S. 493 und 494 der 5. Aufl.

Hiergegen kann nicht eingehalten werden, daß, da der Acceptant zur Verfallzeit in Konkurs war, die Wechselforderung gegen diesen uneinbringlich gewesen sei, daher aber ihr Verlust keine Ausgleichung des Werths der Wechselzahlung bilden könne. Zwar mag sich darüber streiten lassen, ob dem in mehrfachen Aussprüchen der römischen Rechtsquellen, insbesondere l. 8 l. 11 cit., sowie l 1 § 19 cit., zum Ausdrucke kommenden Satze, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners keinen Grund ergiebt, in der Befriedigung oder Sicherstellung, welche dem Gläubiger aus den Mitteln eines dritten zu Theil wird, eine Bereicherung desselben zu erblicken, — man vergl. auch Annalen des vorm. Oberappellationsgerichts zu Dresden n. F. Bd. 8 S. 466 — unter allen Umständen Folge zu geben sei. Zu vergl.

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 88 am Schlusse, Bd. 29 S. 1 flg., Annalen des Königl. Oberlandesgerichts Bd. 6 S. 339, 340, Wenglers Archiv, Jahrgang 1881 S. 425 flg., 1883 S. 188, Behaghel, das bad. bürgerl. Recht Bd. 2, § 181, Note 1 S. 105 der 3. Aufl.

Es kann indessen diese Frage nach Lage der Sache dahingestellt bleiben; denn da dem Beklagten neben dem Acceptanten noch der Aussteller verpflichtet war und dieser durch die Wechselzahlung der Klägerin gleichfalls befreit wurde, so kann wegen der Zahlungsunfähigkeit des ersteren keineswegs angenommen werden, daß die erlangte Zahlung ihrem Werthe nach die durch dieselbe vernichteten Wechselrechte des Beklagten überwiege. An dem Untergange des Regreßrechts des Beklagten konnte auch die Erhebung eines Protests Mangels Zahlung, welche die Klägerin nach der Honorirung des Wechsels im Namen des Beklagten ins Werk setzte, nichts ändern. Denn die Ausübung des Regreßrechts gegen den Indossanten setzt nach Art. 41 der W.O. die Thatsache nicht erlangter Zahlung voraus; der Protest Mangels Zahlung aber ist unfähig, dieses Erforderniß zu ersetzen, sondern

schafft nur für dasselbe einen, dem Beweise des Gegentheils weichenden formellen Beweis. Man vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19 S. 148 flg. Es konnte hiernach unerörtert bleiben, ob, wenn Beklagter durch die Zahlung eine Vermögensbereicherung erlangt hätte, dieselbe als grundlos und daher der Rückforderung unterworfen würde angesehen werden können.

Klage auf Freigabe abgepfändeten Geldes. Eigenthum an baarem Gelde. Bereicherungsklage. § 690 der C.P.O. §§ 1519 flg. des B.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 2. Dezember 1893. O. III. 134/93.

Dem Kommis und Handlungsreisenden der — in Brooklyn domizilirenden — Klägerin, Ferdinand R. sind am 25. Juli 1891 während seines Aufenthalts in Annaberg bei Vollziehung eines von der Beklagten gegen ihn erlangten Arrestbefehls 900 ℳ baares Geld abgepfändet worden. Die Klägerin hat wegen Freigabe dieser bei dem Amtsgericht Annaberg hinterlegten 900 ℳ Klage erhoben unter dem Anführen, daß die gepfändeten Geldstücke ihr Eigenthum seien, eventuell daß die Beklagte zu ihrem (der Klägerin) Nachtheile um die 900 ℳ bereichert sei.

Das Prozeßgericht hat die Entscheidung von einem Eide der Inhaber der klagenden Firma abhängig gemacht. In zweiter Instanz wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Nach § 690 der C.P.O. kann ein Dritter die Freigabe eines gepfändeten Gegenstandes verlangen, wenn ihm an demselben ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. Diese Bestimmung ist zwar nach § 810 1. Absatz 2. Satz auch im Falle einer zum Zwecke der Arrestvollziehung erfolgten Pfändung anzuwenden. Ihre Voraussetzung ist aber nach Ansicht des Berufungsgerichtes in dem vorliegenden Falle auf Seiten der Klägerin hinsichtlich der ihrem Handlungsreisenden R. abgepfändeten 900 ℳ nicht vorhanden.

Diese 900 ℳ sind angeblich ein Theil der 1000 ℳ, welche R. auf Grund des ihm von der Klägerin zur Bestreitung des Reiseaufwandes mitgegebenen „Kreditbriefes" in Berlin von der Firma Altmann & Stettheimer ausgezahlt erhalten hat. Da nicht behauptet, auch kaum anzunehmen ist, daß der Vertreter der genannten Firma bei dieser Auszahlung zu erkennen gegeben habe, auf wen er Besitz und Eigenthum an dem Gelde übertragen wolle, ob auf R. selbst oder auf die Klägerin, als deren Handlungsbevollmächtigter er reiste, so ist für die Frage, wer von diesen Beiden das Geld erworben habe, der Wille des Empfängers R. ausschlaggebend gewesen (vergl. die Literaturnachweise in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 11, S. 128). Und da auch dieser Wille nach den Parteivorträgen bei der angegebenen Gelegenheit einen besonderen Ausdruck nicht gefunden hat, so läßt er sich nur aus den begleitenden Umständen unter Anwendung der Grundsätze des vernunftgemäßen Denkens feststellen. Hierbei

ist vornehmlich zu berücksichtigen, daß nach der eigenen Darstellung der Klägerin anzunehmen ist, sie sei ihrem Reisenden R. gegenüber verpflichtet gewesen, den durch dessen Entsendung nach Europa entstehenden Aufwand zu tragen und ihm die hierzu erforderlichen Mittel durch Mitgabe eines Baarbetrages in amerikanischem Gelde und eines „Kreditbriefes“ vorschußweise zu gewähren. Das entspricht auch der regelmäßigen Gestaltung des Verhältnisses zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber (§ 1314 des B.G.B.'s). Es hat also durch Auszahlung des Baarbetrages und durch Aushändigung des Kreditbriefes eine Geldschuld der Klägerin gegenüber ihrem Beauftragten im Voraus erfüllt werden sollen. Schon aus diesem Grunde muß angenommen werden, daß R. wie schon bei der Entgegennahme des Baarvorschusses aus den Händen seiner Prinzipalin so auch bei der Erhebung von Geld auf den Kreditbrief bei den darin genannten Firmen, insbesondere bei der Firma Altmann & Stettheimer, den Willen gehabt haben, Eigenthum daran für sich zu erwerben, indem er diese Geldbeträge als einen Theil der ihm vertragsmäßig zukommenden Gebührnisse betrachtete.

In Betreff der Ausübung des auf diese Weise erlangten Eigenthumsrechtes war allerdings R. in seinem Verhältnisse zur Klägerin, seiner Auftraggeberin, vertragsmäßig insofern beschränkt, als er das Geld nur in ihrem Interesse und zwar zu einem ganz bestimmten Zwecke, nämlich zur Bestreitung des Reiseaufwandes, verwenden durfte. Diese Beschränkung schließt aber keineswegs den Begriff des Eigenthums aus. Es ist gerade bei dem Gelde, dem allgemeinen Tauschmittel, streng zu scheiden zwischen der juristischen und der ökonomischen Seite; es ist durchaus nicht immer der Eigenthümer, welchem der Nutzungswerth des Geldes zu Gute kommt.

Es kommt mit anderen Worten bei dem Gelde weniger darauf an, daß man Eigenthümer einer gewissen Zahl von Geldstücken ist, als daß man eine bestimmte Menge eines allgemein anerkannten Machtmittels seinen Zwecken dienstbar machen kann. Das Letztere läßt sich ebenso gut erreichen mit Hülfe eines blosen Anspruches gegen einen Anderen des Inhaltes, daß dieser Andere eine bestimmte Geldsumme im Interesse des Forderungsberechtigten aufzuwenden hat, vorausgesetzt natürlich die Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft des Verpflichteten. Hiermit hängt es zusammen, daß im täglichen Leben, welches nicht streng zwischen juristischen und wirthschaftlichen Begriffen scheidet, die Frage, wessen Zwecken im einzelnen Falle eine Summe Geldes zu dienen bestimmt sei, mit der anderen Frage oft verwechselt wird, wem die einzelnen Geldstücke eigenthümlich gehören. So behauptet der Sparkasseneinleger von sich, es „gehöre“ ihm ein der Höhe seiner Einlage entsprechender Theil des Sparkassenvermögens, auch wenn ihm noch nicht infolge Abforderung seiner Einlage eine gewisse Anzahl Geldstücke ausgezahlt worden ist, und meint damit nur, daß er jederzeit einen verhältnißmäßigen Theil des Sparkassenvermögens seinen wirthschaftlichen Zwecken dienstbar machen könne. So beauftragt der Privatmann, welcher ein Guthaben bei einer Bank hat,

die Letztere, von „seinem Gelde" Werthpapiere zu kaufen, und schreibt sich damit nach dem Wortlaute das Eigenthum an gewissen im Besitze der Bank befindlichen Geldstücken zu, während er doch dem Sinne nach nur die ihm zustehende rechtliche Möglichkeit bezeichnen will, über die Tauschkraft jener Geldstücke zu verfügen, sich ihren Nutzungswerth dienstbar zu machen.

In dem gleichen Rechtsirrthum hat sich augenscheinlich auch R. befunden, als er bei seiner Vernehmung die ihm auf Grund des Kreditbriefes von Altmann & Stettheimer ausgezahlte Geldsumme als nicht ihm, sondern der Klägerin gehörig bezeichnete. Die von ihm angeführten Thatsachen rechtfertigen nicht diese, ein bloßes Urtheil enthaltende Aussage, sondern nur die Annahme, daß der Nutzungswerth jener Geldsumme im Enderfolge der Klägerin gebührt habe, insofern R. verpflichtet war, sie ausschließlich im Interesse der Klägerin, nämlich zur Bestreitung seines Reiseaufwandes zu verausgaben.

Die vorstehenden Erwägungen schließen auch die Möglichkeit aus, die Exekutionsintervention aus einem anderen Gesichtspunkte aufrecht zu erhalten. Diese Klage kann nämlich zwar ebenso wie der analoge Aussonderungsanspruch im Konkursverfahren (§ 35 der K.O.) nicht nur auf Eigenthum oder publizianischen Besitz an der gepfändeten Sache, sondern auch auf einen auf die Sache bezüglichen blos persönlichen Anspruch des Klägers gegen den ausgepfändeten Schuldner gestützt werden (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 366 flg.; Gaupp, Kommentar zur C.P.O. Bd. II Anm. II 1 b zu § 690 S. 379 der 2. Aufl., O.L.G. Stuttgart in Seuffert's Archiv Bd. 45, S. 244 flg. Nr. 152, Kohler, Konkursrecht § 33 S. 155). Hierbei wird aber doch immer vorausgesetzt, daß die Sache, auf deren Herausgabe der Anspruch gerichtet ist, nicht zum Vermögen des Schuldners gehöre, daß sie also in seinen Besitz gekommen ist mit der Bestimmung, nicht ihm zu verbleiben, sondern an den als Intervenienten auftretenden Dritten zu gelangen beziehentlich zurückzugelangen, wie dies der Fall ist bei dem Anspruche des Vermiethers, des Hinterlegers, des Verleihers auf Rückgabe der vermietheten, hinterlegten, verliehenen Sache. Ein Anspruch dieser Art ist in dem vorliegenden Falle nicht in Frage. Denn R. ist nach dem Obigen nicht verpflichtet gewesen, das ihm auf Grund des Kreditbriefes ausgezahlte Geld an die Klägerin abzuliefern, da er es nicht für sie erhalten hat; es ist ihm ja im Gegentheil zu dem ausgesprochenen Zwecke gewährt worden, es auszugeben, nämlich seinen Reiseaufwand davon zu bestreiten; nur den nach Befinden nach Deckung aller Reisekosten in seinen Händen verbleibenden Restbetrag hat er nach Beendigung der Reise an die Klägerin herauszugeben gehabt.

Gleichgültig ist nach dem oben gewonnenen Resultate, ob R. das ihm von Altmann & Stettheimer ausgezahlte Geld mit eigenem Gelde vermischt hat; denn er ist eben schon ohne solche Vermischung Eigenthümer jenes Geldes geworden.

Insoweit endlich die Klage als Bereicherungsklage bezeichnet worden ist, stehen ihr zwar formelle Bedenken nicht entgegen. Denn einerseits ist die Zu-

ständigkeit des Prozeßgerichts, welche für die Exekutionsintervention nach § 690 der C.P.O. (vergl. übrigens § 707) begründet ist, infolge stillschweigender Vereinbarung der Parteien auch in Betreff der Bereicherungsklage nicht zu bezweifeln (§§ 38, 39 der C.P.O.). Und andererseits liegt in der nachträglichen Geltendmachung des Gesichtspunktes der Bereicherungsklage deshalb nicht eine Klagänderung im Sinne der §§ 335 Z. 3 und 240, weil es sich hierbei nicht um Vorführung neuer Thatsachen, also nicht um eine andere Substantiirung des Klaganspruches, sondern nur um eine andere rechtliche Würdigung des gleichen Thatbestandes handelt. Die Klage ist aber als Bereicherungsklage materiell nicht begründet. Die Bereicherung des Einen zum Nachtheile des Anderen giebt dem Letzteren nicht unter allen Umständen, sondern nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 13 S. 181). Von den bezüglichen Bestimmungen des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches können hier nur die von der sogenannten Konditionenlehre handelnden in den §§ 1519—1550 in Frage kommen. Ihre Anwendung auf den vorliegenden Fall wird aber schon durch die Erwägung ausgeschlossen, daß nach dem oben Ausgeführten infolge der Pfändung der 900 ℳ überhaupt nicht Etwas aus dem Vermögen der Klägerin an die Beklagte gelangt ist.

Wechsel, Einwand des Gefälligkeitsaccepts, des mangelnden Begebungsvertrages, der Arglist. Unterschied des Wechsels von der Bürgschaft (Art. 82, 40 der Deutschen W.O. §§ 1466, 1467 des B.G.B.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 12. Juni 1896. O. IV. 72/96.

Kläger klagt im Wechselprozesse gegen die beklagte Handelsgesellschaft auf Grund des von letzterer acceptirten Primawechsels auf Zahlung von 2430 ℳ nebst Zinsen.

Beklagte erhebt gegen die Klagforderung die Einreden des Gefälligkeitsaccepts, der Arglist und des mangelnden Begebungsvertrages, indem sie im Einzelnen anführt:

Der eine Inhaber des Beklagten, Sch., habe mit dem später — am 11. Februar 1896 — in Konkurs verfallenen Fabrikanten G. in freundschaftlichem Verkehr gestanden und ihm, um ihm pecuniär auszuhelfen, öfters Gefälligkeitsaccepte gegeben, die G. in Umlauf gesetzt und später eingelöst habe. Einmal habe G. den Kläger um Geld gebeten; dieser habe erklärt, er werde ihm aushelfen, wenn er das Accept Sch.'s bringe, worauf G. bemerkt habe, Sch. werde ihm schon aushelfen. Als darauf G. dem Kläger das streitige Accept gebracht habe, habe er dem letzteren mitgetheilt, daß Sch. aus Gefälligkeit acceptirt habe. G. habe auch, wie Kläger gewußt habe, niemals eine Forderung an die Beklagte gehabt. Da Kläger gewußt habe, daß ein Gefälligkeitsaccept vorliege, so habe er auch ge-

wußt, daß Beklagte nur eine bürgschaftliche Verpflichtung eingegangen sei, die zeitlich begrenzt gewesen sei. Da Kläger weder gegen den Hauptschuldner noch gegen den Bürgen binnen 30 Tagen geklagt habe, so sei die Bürgschaft nach § 1467 des B.G.B.'s erloschen. Auch stehe ihr die Vorschrift in § 1466 des B.G.B. zur Seite; Klägerin habe ihr rechtzeitig mittheilen müssen, daß G. den Wechsel nicht eingelöst habe, dann würde ihr möglich gewesen sein, von G. noch Befriedigung zu erlangen; statt dessen habe Klägerin ihr diese Mittheilung erst am 11. Februar 1896 zugehen lassen. Ein Wechselbegebungsvertrag habe niemals zwischen Klägerin und Beklagter stattgefunden; Klägerin habe den Wechsel ohne solchen erlangt. Sch. habe nur mit G. kontrahirt und diesem das streitige Accept gegeben; während auf früheren Accepten G. als Aussteller gestanden habe, sei der jetzt in Frage kommende Wechsel mit dem Ausstellungsvermerk der Klägerin versehen. Sch. habe sein Accept nur dem Empfänger G., nicht jedem beliebigen dritten zukommen lassen wollen.

Kläger giebt nur zu, daß er innerhalb 30 Tagen vom Verfalltage des Wechsels an gerechnet weder gegen G. noch gegen Beklagte Klage erhoben habe. Die in erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung wurde bestätigt aus folgenden Gründen:

Gegen die Beachtlichkeit der Einrede des fehlenden Wechselvertrages ist bereits von den vorigen Richtern mit Recht geltend gemacht worden, daß die Beklagte im vorliegenden Falle durch die vor Ausfüllung des Ausstellungsvermerks an G. bewirkte Hingabe des Accepts es dem letzteren überlassen hat, die Lücke selbst auszufüllen oder durch denjenigen, an den er den Wechsel weiterbegeben würde, ausfüllen zu lassen. Das Ausfüllungsrecht ist nicht an die Person desjenigen, dem das Accept gegeben wird, geknüpft, sondern übertragbar; auf jeden Fall begründet die Bezugnahme auf eine vertragswidrige Ausfüllung dem dritten redlichen Erwerber gegenüber keine Einrede (vergl. Staub, Wechselordnung, S. 35, Entsch. des Reichsgerichts Bd. 2, S. 97 ff., Bd. 23, S. 110).

Ebensowenig ist der Einwand des Gefälligkeitsaccepts zu berücksichtigen.

Wer einem Andern aus bloßer Gefälligkeit, um ihm Credit zu verschaffen, sein Accept in der Weise giebt, daß dieser, sei es nun ausdrücklich oder stillschweigend, die Verpflichtung übernimmt, dem Acceptanten bis zur Verfallzeit Deckung zu gewähren oder den Wechsel zu dieser Zeit selbst einzulösen, kann zwar hieraus gegen die von dem Wechselnehmer selbst erhobene Klage einen Einwand herleiten, dagegen gehört diese Einwendung nicht zu den aus dem Wechselrecht selbst hervorgehenden (Art. 82 der Deutschen W.O.), kann also nicht dem dritten gutgläubigen Erwerber des Wechsels entgegengesetzt werden; auch begründet das bloße Wissen des dritten Erwerbers, der Acceptant habe den Wechsel nur aus Gefälligkeit für einen Andern unterschrieben, nicht die Einrede der Arglist; denn die Gefälligkeit des Unterschreibens besteht eben darin, daß der Wechselnehmer den durch Gefälligkeitsunterschrift werthvoller gewordenen Wechsel diskontiren oder in

Zahlung geben und in den Verkehr bringen soll, also darin, daß er eine dem Dritten gegenüber verpflichtende Unterschrift abgiebt. Wenn der dritte Erwerber von dem zwischen den Acceptanten und dem Wechselnehmer obwaltenden Gefälligkeitsverhältnisse Kenntniß hat, so weiß er nur, daß der Acceptant sich aus Gefälligkeit für seinen Wechselnehmer dem dritten Erwerber verpflichten wollte, befindet sich also nicht in bösem Glauben (vergl. Staub, Wechselordnung, S. 174).

Eine beachtliche Einrede der Arglist ist auch nicht in dem sonstigen Vorbringen des Beklagten enthalten. Die geschäftlichen Beziehungen zwischen der Beklagten und G., insbesondere die Art und Weise, in welcher zufolge der zwischen diesen getroffenen Vereinbarung die fälligen Wechsel eingelöst zu werden pflegten, berührten den Kläger, der seine Ansprüche aus dem Klagwechsel auf Grund eigenen Rechts nicht als Rechtsnachfolger G.'s geltend macht, überhaupt nicht. Ob Kläger, welcher nach der eigenen Sachdarstellung der Beklagten den Wechsel bezahlt hat, hiervon erst am 11. Februar 1896, also reichlich 8 Monate nach Verfallzeit, die Beklagte mit dem Verlangen um Zahlung in Kenntniß gesetzt hat, ist einflußlos. Der Kläger ist befugt, seine Ansprüche aus dem Accepte bis zum Ablaufe der dreijährigen Verjährungsfrist (Art. 77 der Deutschen W.O.) gegen die Beklagte geltend zu machen; er war nicht verpflichtet, alsbald nach der Fälligkeit der Wechsel der Beklagten zur Zahlung vorzulegen; vielmehr hätte es der Beklagten freigestanden, zu Vermeidung etwaiger Nachtheile nach Ablauf der Protestfrist die Wechselsumme auf Gefahr und Kosten des Inhabers bei Gericht oder einer andern zur Annahme von Depositen ermächtigten Behörde oder Anstalt niederzulegen (Art. 40 der Deutschen W.O.). Wenn die Beklagte die Unthätigkeit, die der Kläger in der Einziehung der Wechselsumme ihm gegenüber anfänglich an den Tag gelegt hat, dazu benutzen will, um auf Grund der civilrechtlichen Vorschriften über die Bürgschaft (§ 1466, § 1467 des B.G.B's.) sich von dem Klaganspruche zu befreien, so scheitert dieser Angriff vor Allem schon daran, daß das Accept keine Bürgschaft ist; das Accept hat zwar mit der letzteren insofern eine gewisse Aehnlichkeit, als es ein Garantieversprechen gegenüber allen Wechseleigenthümern enthält, (vergl. Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts, S. 450); dagegen ist das in dem Accept liegende reine Summenversprechen lediglich nach wechselrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen; der Acceptant kann sich mithin dem Wechselgläubiger gegenüber nicht auf etwaige, ihm aus einer Bürgschaft zustehende Rechtszuständigkeiten berufen (vergl. Thöl, Wechselrecht, § 80, S. 278 der 4. Aufl.).

Wechsel-Begebungsvertrag, Einrede des Verpflichteten gegen die in Art. 36 der D.W.O. aufgestellte Rechtsvermuthung. (Art. 82, Art. 39 der D.W.O.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 6. März 1894. (O. IV. 204/93).

Der Klaganspruch betrifft eine Forderung aus einem am 15. Oktober 1893 fällig gewesenen Wechsel über 600 ℳ, welcher von Friedrich K. an eigne Ordre

ausgestellt und von Theodor B. in Leipzig acceptirt ist. Auf der Rückseite des Wechsels befindet sich an erster Stelle das Vollgiro des Ausstellers auf den Beklagten, an zweiter das Blankogiro des Letzteren. Hierunter steht der Name des Klägers, für welchen der Wechsel am 18. Oktober 1893 beim Aussteller Mangels Zahlung protestirt wurde. Daran reihen sich zwei, zur Zeit der Protesterhebung bereits durchstrichene Vollindossamente, das erstere auf die Kredit- und Sparbank zu Leipzig, das andere auf die Reichsbankhauptstelle daselbst lautend; letzteres trägt die Unterschrift der Kredit- und Sparbank, während die Unterschrift des ersteren nicht leserlich ist, doch weder auf den Namen des Klägers noch des Beklagten hinweist. Kläger giebt zu, daß die Einfügung seines Namens sowie die Durchstreichung der nachfolgenden beiden Vollgiri erst stattfand, nachdem die Reichsbankhauptstelle den Wechsel aus der Hand gegeben hatte. Hinsichtlich der Art und Weise, wie dies geschah und der Wechsel in den Besitz des Klägers gelangte, sind die Parteien darüber einverstanden, daß der Acceptant B., welcher vom Kläger beauftragt gewesen sei, für die Firma K. & L. einen von dieser auf B. gezogenen, ebenfalls am 15. Oktober 1893 zahlbaren Wechsel über 564 ℳ bei Verfall zu kaufen, an Reichsbankhauptstelle auf seine Erklärung, daß er für K. & L. den Wechsel haben wolle, statt dieses gleicherweise sein Accept tragenden Wechsels den Klagwechsel gegen Zahlung von 600 ℳ ausgehändigt erhielt und sodann die Firma K. & L. den letzteren Wechsel nach Durchstreichung der dem Blankogiro des Beklagten folgenden beiden Vollindossamente an den Kläger gab.

Im Betreff des Zeitpunktes, zu welchem der Acceptant B. den Klagwechsel von der Reichsbankhauptstelle einlöste, vermag Kläger nur soviel bestimmt anzugeben, daß der Vorgang sich noch vor Ablauf der Protestfrist zutrug, nicht sicher aber weiß er, ob am Verfalltage, dem 15. Oktober 1893 selbst oder ganz kurze Zeit vorher. Beklagter giebt zu, daß die Einlösung am Verfalltage stattfand, will indeß auch nicht bestreiten, daß sie ganz kurze Zeit vorher geschehen sein könne. Ueber den Inhalt der Verhandlung hierbei gibt Kläger an, der Acceptant B. habe erklärt, den Wechsel für K. & L. haben zu wollen; er kann nicht behaupten, daß L. erklärt habe, den Wechsel für K. & L. *kaufen* zu wollen.

Dagegen behauptete Beklagter, daß die Erklärung B.'s an den die Reichsbankhauptstelle vertretenden Kassirer dahin gegangen sei, er wollte den Wechsel *zahlen*. Hinsichtlich des Ueberganges des Klagwechsels aus dem Besitze der Reichsbankhauptstelle in die Hand der späteren Inhaber räumt Kläger ein, daß ein auf die Uebertragung gerichteter Akt auf dem Wechsel selbst nicht zum Ausdruck gebracht worden sei.

Unter Aufhebung der erstinstanzlichen, den Beklagten verurtheilenden Entscheidung wurde die Klage abgewiesen aus folgenden Gründen:

Die erste Instanz erachtet die Berechtigung des Klägers, den Klagwechsel geltend zu machen, durch das Blankogiro des Beklagten für begründet.

Dem war nicht beizutreten.

Zum Uebergange des Wechselanspruchs auf einen Dritten ist die blose Erlangung des Besitzes an dem mit einem entsprechenden Indossamente versehenen Wechsel nicht ausreichend, vielmehr noch erforderlich, daß der Wechsel auf Grund eines Begebungsvertrags mit dem Indossanten in die Hand des Dritten gelangt ist. Dieser letztere Umstand bedarf zwar keiner besonderen thatsächlichen Begründung und Beweisführung von Seiten des dritten Besitzers, da nach Artikel 36 der deutschen Wechselordnung eine gesetzliche Vermuthung dafür streitet, daß der durch das Indossament legitimirte Inhaber auf Grund eines solchen Vertrags in den Besitz des Wechsels gekommen ist. Es steht aber dem in Anspruch genommenen Wechselverpflichteten als eine im Wechselrechte begründete Einrede (Art. 82) das Recht zu, den Mangel dieses Erfordernisses geltend zu machen und soweit nöthig im Wege des Gegenbeweises darzuthun,

vergl. Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. §§ 55 und 116; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s XIX S. 33 und des Reichsgerichts V S. 82.

Nach demjenigen, was Kläger hierüber bereits in der vorigen Instanz eingeräumt hat, ist als festgestellt anzusehen, daß Kläger den Wechsel nicht auf Grund eines wechselmäßigen Begebungsvertrags erworben hat.

Das Indossament des Beklagten, auf welches sich der Kläger stützt, hat nicht die Weiterbegebung des Wechsels an den gegenwärtig als Nachmann des Beklagten figurirenden Kläger oder die Firma K. & L., von welcher Kläger den Wechsel empfing, sondern die Begebung an einen Dritten zum Zweck gehabt, dessen auf die Kredit- und Sparbank lautendes Giro ebenso wie das Giro der Letzteren an die Reichsbankhauptstelle in der Folge von der Firma K. & L. durchstrichen worden sind, wie man annehmen muß, in der Absicht, durch die Entfernung der hinter dem Blankogiro des Beklagten befindlichen Vollgiri das erstere mit Hülfe der durch Artikel 36 der Deutschen Wechselordnung formell gebotenen Handhabe zu ihrer bezw. des Klägers Legitimation verwendbar zu machen. Materiell würde die genannte Firma hierzu nur berechtigt gewesen sein, wenn sie sich auf einen Begebungsvertrag mit dem letzten Vollindossatar, der Reichsbankhauptstelle in Leipzig zu berufen vermöchte. Ein solcher Vertrag jedoch liegt nachweislich nicht vor, da derjenige Vorgang, durch welchen die Firma K. & L. in den Besitz des Wechsels gelangt ist, nicht die wesentlichen Erfordernisse für den Abschluß eines Begebungsvertrags enthält.

Nach Einverständniß der Parteien wurde der Wechsel um die Verfallzeit von der Reichsbankhauptstelle, dem damals durch Vollgiro legitimirten Inhaber, an den Acceptanten B. gegen Zahlung der Wechselsumme ausgehändigt und es muß an und für sich angenommen werden, daß der Wille der Betheiligten auf Erfüllung der durch das Accept begründeten Wechselschuld des Acceptanten sowie der daran sich knüpfenden Verbindlichkeit des bezahlten Inhabers zur Aushändigung des Wechsels nach Art. 39 der W.O. gerichtet war,

vergl. Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s V S. 126.
Nun soll zwar nach der Behauptung des Klägers der Wille des Acceptanten gar nicht auf Einlösung dieses Wechsels, sondern auf den Ankauf eines von ihm acceptirten zweiten Wechsels über 564 ℳ für dessen Aussteller, die Firma K. & L., gerichtet gewesen sein. Das Vorhandensein dieses Willens erscheint aber für die Verhandlung auf der Reichsbankhauptstelle rechtlich ohne Bedeutung, weil derselbe nicht in einer für den die Bank hierbei vertretenden Kassirer erkennbaren Weise in die Erscheinung getreten ist. Die Erklärung, in welcher nach der eigenen Darstellung des Klägers die auf den Kauf des Wechsels gerichtete Absicht des Acceptanten B. sich kund gegeben haben soll, „den Wechsel für K. & L. haben zu wollen," drückt ihrem Wortlaute nach lediglich das Verlangen aus, daß der Wechsel Seitens der Reichsbankhauptstelle an den Acceptanten herausgegeben werde und läßt einen bestimmten Grund und Zweck der verlangten Herausgabe so wenig erkennen, daß der Wechselinhaber mit Hinblick auf den bereits erfolgten (oder unmittelbar bevorstehenden) Eintritt des Fälligkeitstermines nicht sowohl einen Ankauf zum Behufe des Eintritts in die Reihe der Wechselgläubiger, sondern vielmehr als nächstliegenden Grund und Zweck die Einlösung des Wechsels in Erfüllung der Verbindlichkeit des Acceptanten voraussetzen durfte und mußte.

Auch die Namhaftmachung der Firma K. & L. als desjenigen, für welchen B. den Wechsel haben wollte, vermag dem Verlangen in Ansehung des Grundes und Zweckes keine andere Richtung zu geben, wenn man berücksichtigt, daß auch ein Dritter zur Einlösung des Wechsels an Stelle des Acceptanten berechtigt war, und daß der Acceptant nicht blos für den Dritten das Einlösungsgeschäft besorgen, sondern auch ein Interesse daran haben konnte, dies dem Wechselinhaber kund zu geben.

Händigte der Kassirer der Reichsbankhauptstelle den Wechsel an den Acceptanten aus, ohne seinerseits, wie Kläger zugesteht, den Willen der Bank, den Wechsel an den Acceptanten oder die Firma K. & L. zu begeben, auszusprechen oder durch ein entsprechendes Indossament zu bethätigen, so bleibt nur die Annahme übrig, daß die Aushändigung in der Absicht geschah, die mit Zahlung der Wechselsumme bewirkte Tilgung der Wechselschuld des Acceptanten anzuerkennen. Damit wird die Voraussetzung, daß der Acceptant B. oder sein Auftraggeber, die Firma K. & L., den Wechsel durch einen Begebungsvertrag erworben habe, hinfällig.

Der von dem Direktor der Reichsbankhauptstelle der Firma K. & L. nachträglich ertheilte Rath, den Wechsel unter Benutzung des Blankogiros des Beklagten auf den Kläger zu übertragen, kann als „Rath" schon an sich nicht in dem Sinne verstanden werden, als habe damit von der Reichsbankhauptstelle der Wechsel nachträglich an die genannte Firma oder an den Kläger begebungsweise übertragen werden sollen. Außerdem befand sich der genannte Vertreter der Bank rechtlich gar nicht mehr in der Lage, für die Bank Gläubigerrechte an dem Wechsel auszuüben und den Wechsel weiter zu begeben, da mit der Zahlung durch den

Acceptanten oder für den Acceptanten eine objektive Tilgung der Wechselobligation, welche für alle Wechselverpflichteten befreiend wirkte, herbeigeführt worden war,

vergl. Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s V S. 126, XVIII S. 168; und des Reichsgerichts IX S. 64, sowie Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts II. F. IV. Bd. S. 414,

Aus diesem Grunde konnte auch der Acceptant den durch sein Verhalten bekundeten Tilgungswillen nicht nachträglich ändern und in einen Erwerbswillen für die Firma K. & L. als neuen Wechselgläubiger rechtswirksam umwandeln,

vergl. Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s V S. 313.

Ist bei der Berechnung des Streitgegenstandes für die Klage des Ausstellers, der den Wechsel im Regreßwege eingelöst hat, gegen den Akzeptanten der Betrag der Wechselsumme oder der Betrag der Regreßsumme maßgebend?

Beschluß des O.L.G.'s Dresden V. Civils. vom 28. März 1895. V c 47/95.

Beklagter ist Akzeptant, Kläger ist Aussteller und (erster) Blankoindossant eines am 15. Januar 1895 zahlbaren Wechsels über 443 ℳ 74 ₰. Im Auftrage eines Nachmannes ist der Wechsel am 16. Januar 1895 protestirt und vom Kläger am 12. Februar 1895 durch Zahlung der Wechselsumme und der Spesen des Indossatars mit zusammen 452 ℳ 69 ₰. im Regreßwege eingelöst worden. Dem Antrage des Klägers entsprechend, hat das Landgericht Bautzen den Beklagten durch Versäumnißurtheil vom 25. Februar 1895 verurtheilt, dem Kläger diese 452 ℳ 69 Pf. nebst Zinsen zu 6 % seit dem 12. Februar 1895, sowie 1 ℳ 50 ₰. 1/3 % eigener Provision zu zahlen, 30 ₰. Porto zu erstatten und die Kosten des Rechtsstreites zu tragen. In dem Kostenfestsetzungsbeschlusse vom 6. März 1895 ist nun — und hiergegen wendet sich die Beschwerde — der Werth des Streitgegenstandes nach der Höhe der Wechsel-, nicht nach Höhe der Regreßsumme (also mit 443 ℳ 74 ₰. und nicht mit 452 ℳ 69 ₰.) bemessen worden, weil die Protestkosten und Spesen als Nebenforderung bei der Werthsberechnung unberücksichtigt zu bleiben hätten.

Diese Begründung steht zwar im Einklang mit den Entscheidungen des sechsten (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 29 S. 332 flg.) und des zweiten (Jurist. Wochenschrift 1883 S. 268) Civilsenats des Reichsgerichts vom 28. Januar 1892 und bez. vom 12. Oktober 1883. Das Beschwerdegericht vermag jedoch nicht, ihr beizupflichten.

Nach diesseitiger Auffassung ist bei der Lösung der hier streitigen Frage davon auszugehen, daß der Akzeptant eines Wechsels zwar in erster Linie — Art. 23 Abs. 1 der W.O. — verspricht, die von ihm akzeptirte Summe (die Wechselsumme) dem ihm zur Verfallzeit den Wechsel präsentirenden Wechseleigenthümer zu zahlen, daß damit aber die durch die Annahme des Wechsels begründete Ver-

bindlichkeit des Akzeptanten noch nicht erschöpft wird: denn durch sein Akzept giebt auch er noch ein Garantieversprechen, er verpflichtet sich nämlich zugleich — Art. 81 W.O. —, jedem früheren oder späteren Wechseleigenthümer den (gesetzlich festgestellten) Schaden zu ersetzen, den dieser etwa durch die Nichterfüllung jener ersten Verbindlichkeit des Akzeptanten erleiden sollte,

vergl. Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts, 1886, S. 450, 264;

Mit anderen Worten: dem Inhaber haftet der Akzeptant für Zahlung der Wechselsumme am Verfalltage, dem einlösenden Vormanne für Vergütung dessen, was dieser hat zahlen müssen, weil der Akzeptant selbst nicht gezahlt hat,

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 24 S. 5.

Von diesen beiden durch das Akzept begründeten Verbindlichkeiten des Akzeptanten, der Zahlungspflicht und der Regreßpflicht, kommt nun im vorliegenden Falle, wo der Kläger den protestirten Wechsel von einem Indossanten hat einlösen müssen, nur die letztere, die Regreßpflicht des Art. 81 in Frage. Daß eine solche dem Akzeptanten auch gegenüber dem Aussteller obliegt, geht aus Art. 23 Abs. 2 verb. mit Art. 81 der W.O. deutlich hervor und bedarf keines weiteren Nachweises,

vergl. Lehmann, a. a. O. S. 461, 462, Rehbein, die allg. D. W.O. mit Kommentar IV. Aufl. S. 45 Anm. 7.

Der Inhalt dieser Verpflichtung des Akzeptanten gegen den Aussteller ist nun zwar in der Wechselordnung nicht ausdrücklich und nicht unmittelbar festgestellt worden. Da man jedoch bei der Berathung der Wechselordnung darüber einverstanden gewesen ist, daß „Alles was der Indossant oder Aussteller einer Tratte zu gewähren habe, auch vom Akzeptanten gefordert werden könne,"

vergl. die Protokolle der Leipziger Wechsel-Konferenz § 456 nach der Thöl-schen, S. 44 oben nach der Bassermann'schen Ausgabe,

und dieser Wille der Gesetzgeber im Gesetze selbst dadurch einen klaren Ausdruck gefunden hat, daß in Art. 81 der W.O. die für den Fall der Nichteinlösung des Wechsels entstehende Verpflichtung des Ausstellers und des Indossanten auf eine Stufe gestellt wird, so erscheint es gerechtfertigt, auch die hier fragliche Verbindlichkeit des Akzeptanten nach den zunächst gegen den Aussteller und den Indossanten gerichteten Vorschriften des Art. 51 der W.O. zu beurtheilen,

vergl. hierzu insbesondere Lehmann, a. a. O. S. 559 Anm. 25.

Für die auf Art. 51 gestützte Regreßklage des Indossanten gegen den Aussteller hat nun der erste Civilsenat des Reichsgerichts

vergl. dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 32 S. 75 flg.*)

---

*) Vergl. hierzu Lehmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 34 S. 440 und Staub, W.O. Art. 51 § 14.

im Einklang mit einer daselbst (und in den cit. Entscheidungen Bd. 29 S. 333) erwähnten nicht abgedruckten Entscheidung des dritten Civilsenats desselben Gerichts vom 27. Januar 1882 überzeugend ausgeführt, daß die von dem klagenden Indossanten an dessen Nachmann gezahlte Regreßsumme den Werth des Streitgegenstandes bildet, weil sie als eine, ein einheitliches Ganze darstellende Forderung anzusehen ist, von der die früheren Zinsen und Kosten nicht wieder als Nebenforderungen abgelöst werden können; dieselben sind mit ihr vielmehr zu einer neuen selbständigen und — Art. 51 Ziff. 1 der W.O. — dem ganzen Betrage nach zu verzinsenden Hauptforderung verschmolzen, neben welcher nunmehr als Nebenforderungen nur noch die in Art. 51 unter Ziff. 2 und 3 bezeichneten Ansprüche in Betracht kommen,

vergl. hierzu noch Basch, Allgem. D. H.G.B. und Allgem. D. W.O. III. Aufl. S. 55 bei Ziff. 8.

Diese Grundsätze müssen nach dem vorher Dargelegten auch für die hier in Rede stehende Regreßklage des Ausstellers gegen den Akzeptanten gelten, weil eben, wie oben gezeigt, die in Art. 81 der W.O. festgestellte Regreßpflicht des Akzeptanten inhaltlich die gleiche ist wie diejenige des Ausstellers und des Indossanten,

vergl. Basch, a. a. O. S. 56 bei Ziff. 10.

Nach alle Dem ist also für den gegenwärtigen Prozeß die vom Kläger am 12. Februar 1895 bezahlte Regreßsumme von 452 *M* 69 ₰. als Streitgegenstand anzusehen.

Rechtliche Natur der nach § 26a Abs. 2 Ziff. 2a des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung der Novelle vom 10. April 1892 zulässigen Ordnungsstrafen. Zulässigkeit des Rechtswegs? (§§ 76e, 55, 58 des Krankenversicherungsgesetzes).*)

Urtheil des L.G.'s Leipzig vom 21. März 1896. Dg. VI. 83/96.

Die klagende Ortskrankenkasse verlangt vom Beklagten, einem ihrer Mitglieder, 15 *M* Ordnungsstrafe. Der Beklagte hat vom 3. Januar bis 9. März 1895 Krankenunterstützung bezogen und hatte währenddem die auf Grund von § 26a Ziff. 2a des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 10. April 1892 und gemäß Statuts der Klägerin durch Beschluß ihrer Generalversammlung erlassenen und von der Aufsichtsbehörde genehmigten Vorschriften über die Krankmeldung, das Verhalten der Kranken und die Krankenaufsicht bei Vermeidung der im Statut wie Gesetz für Zuwiderhandlungen angedrohten „Ordnungsstrafen bis zu 20 *M*" zu befolgen.

*) Anm. des Eins. Was in der im Sächs. Archiv Bd. 5 S. 132 flg. veröffentlichten Entscheidung des O.L.G.'s Dresden für das Gebiet der Unfallversicherung ausgeführt worden ist, ist hier für das Gebiet der Krankenversicherung erörtert worden.

Wegen behaupteter dreier Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften sind von der Klägerin wider den Beklagten drei Strafverfügungen auf Höhe von je 5 ℳ erlassen worden. Der Beklagte hat hiergegen Beschwerde an die Aufsichtsbehörde nicht ergriffen, wohl aber gegen einen wegen der Ordnungsstrafen von zusammen 15 ℳ erlassenen amtsgerichtlichen Zahlungsbefehl rechtzeitig Widerspruch erhoben.

Das Amtsgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Das Landgericht bestätigte aus folgenden Gründen:

Der Rechtsweg ist auch nach Ansicht des Landgerichts unzulässig.

a) Hierfür ist in erster Linie mit dem vorigen Richter der **§ 76 e** des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung vom 10. April 1892 heranzuziehen. Danach ist gegen Strafverfügungen aus § 26 a Ziff. 2 a (genauer: aus den in Verfolg dieser Gesetzesstelle getroffenen statutarischen Bestimmungen) binnen zwei Wochen nach deren Eröffnung Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zulässig, und deren Entscheidung — „endgültig". Dies besagt schon nach dem Wortsinne, daß irgend ein weiterer Rechtsbehelf nicht gegeben sein solle. Die Novelle zum Krankenversicherungsgesetz gebraucht diesen Ausdruck öfter, wo Entscheidungen der Verwaltungsbehörden („Aufsichtsbehörde", „vorgesetzten Dienstbehörde", „höheren Verwaltungsbehörde", „Zentralbehörde") besonders in Fragen der Organisation und Verwaltung der Krankenkassen ergehen, und so an Stellen, wo über die Bedeutung des Wortes „endgültig" kaum ein Zweifel übrig bleiben kann:

§ 3 a Abs. 2, § 3 b Abs. 2 Befreiung von der Versicherungspflicht, § 19 Abs. 4 Entscheidung über die Kassenangehörigkeit eines Betriebes, § 48 a Abs. 2 Zuweisung gewisser Gewerbszweige und Versicherungspflichtiger zur Kasse und Anordnung von Statutenänderungen, § 26 a Abs. 2 Genehmigung gewisser Beschlüsse der Generalversammlung, § 52 a Abs. 5 Anordnungen gegen zahlungsunfähige Arbeitgeber, § 56 a Verfügungen über die Zahl der Kassenärzte, Apotheken, Krankenhäuser, § 62 Abs. 2 alter wie neuer Fassung: Festsetzung der Beiträge gegenüber widerstrebenden Unternehmern. (Vergl. zu §§ 26 a Abs. 2, 48 a Abs. 2, 52 a Abs. 5, 56 a noch die §§ 64, 65, 72, 73, 74).

Dazu kommt der weitere Inhalt des § 76 e und dessen Stellung im Zusammenhange des Gesetzes. Die Strafverfügungen aus § 26 a Ziff. 2 a werden hier neben denjenigen aus § 56 a und 76 b behandelt, welche letztere von der Aufsichtsbehörde wider Kassenvorstände und wider Verwaltungen der Gemeinde-Krankenversicherung ergehen. Auch bezüglich dieser heißt es, die Entscheidung der nächsten Stelle („der nächstvorgesetzten Behörde") sei endgültig: hier und ebenso dort soll der Rechtsweg ausgeschlossen sein.

Beachtlich ist, daß es an jeder Fristsetzung fehlt, bis wann der Rechtsweg zu beschreiten wäre (zu vergl. § 58). Eine Entscheidung aber, gegen die für alle Zeit der Rechtsweg offen stände, wäre nichts weniger als „endgültig".

b) Der Rechtsweg verbietet sich auch nach dem Wesen der vorliegenden

Ordnungsstrafen. Indem das Krankenversicherungsgesetz in § 26 a zuläßt, daß im Kassenstatut gewisse Ordnungsstrafen vorgesehen werden, räumt es den Ortskrankenkassen eine Strafgewalt gegenüber den Mitgliedern ein. Sie beruht auf dem Reichsgesetz und dem Statut, das von der Gemeindebehörde errichtet ist und gleich Abänderungen der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde bedarf, wie denn bei Aufstellung der einzelnen, der Strafdrohung unterfallenden Ordnungsvorschriften die Aufsichtsbehörde mitwirkt (§ 26 a Abs. 2). Die „Ordnungsstrafe" ist nach dieser ihrer Grundlage nicht Vertragsstrafe, sie erwächst nicht aus einem Verhältnisse des Privatrechts und untersteht nicht dem Privatrechtsschutze im ordentlichen Rechtswege. Sie charakterisirt sich als eine öffentliche Strafe, die die Krankenkasse als öffentlich-rechtlicher Verband durch ihre zuständigen Organe vermöge einer ihr vom Träger der Strafgewalt eröffneten Strafbefugniß wegen gewisser Ordnungswidrigkeiten im eigenen und mittelbar staatlichen Interesse wider ihre Mitglieder einzuführen und zu verhängen vermag.

(Rosin, das Recht der Arbeiterversicherung Bd. 1 S. 806 flg., 816; Preger im Archiv für öffentliches Recht, herausgegeben von Laband und Stoerk Bd. 7 S. 412 bis 414, und wegen der Ordnungsstrafen aus § 103 des Unfallversicherungsgesetzes die Entscheidung des Königl. Oberlandesgerichts im Sächsischen Archiv Bd. 5 S. 137, 143 flg.)

Die Frage, ob im einzelnen Falle gestraft werden durfte, bewegt sich deshalb ebenso wie die Frage nach der Angemessenheit der ausgeworfenen Strafe auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts und ist der Nachprüfung der Gerichte entzogen.

Zu vergl. außer den genannten Schriftstellern Schicker, Das Krankenversicherungsgesetz 3. Aufl. 1893 § 76 e.

Die Entscheidung ist vielmehr in letzter Instanz in die Hand der Aufsichtsbehörde, also in dieselbe Hand gelegt, die die Vorschriften zu genehmigen hat, auf deren Verletzung „Ordnungsstrafe" steht. Demgemäß bleibt, gleichviel ob die Aufsichtsbehörde angerufen oder nicht angerufen worden ist, kein Raum für ein gerichtliches Urtheil, sondern es bleibt nur die Vollstreckung übrig.

c) Wenn aus der Versagung des Rechtswegs folgt, daß nun auch die Vollstreckung nicht im gerichtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern im Verwaltungswege zu geschehen habe, was hier im einzelnen nicht weiter zu verfolgen ist (Archiv f. öffentliches Recht a. a. O.), so kann auch dies Ergebniß keinen Anlaß zu Bedenken geben. Wird doch für verwandte Ordnungsstrafen die Einhebung im Verwaltungswege anerkannt, so in § 109 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 für Ordnungsstrafen seitens der Genossenschaftsvorstände und der Vorstände der Betriebs-(Fabrik-)Krankenkassen, in § 100b der Gewerbeordnung für Ordnungsstrafen seitens der Innungsvorstände, nicht minder in § 137 des Gesetzes betr. die Invaliditäts- und Altersversicherung vom 22. Juni 1889 („die in die Kasse der Versicherungsanstalt fließenden Strafen werden in derselben Weise beigetrieben wie Gemeindeabgaben"). Unter solchen Umständen kann, zumal

angesichts des § 76b des Krankenversicherungsgesetzes, nichts daraus für Zulässigkeit des Rechtswegs hergeleitet werden, wenn § 55 nur von Eintrittsgeldern und Beiträgen ausspricht, daß sie „wie Gemeindeabgaben beizutreiben seien." Ebensowenig läßt sich aus der Statthaftigkeit der Aufrechnung zwischen Ordnungsstrafen und Krankenunterstützung (§ 56) etwas für die Entscheidung der gegenwärtigen Rechtsfrage entnehmen.

Zur Lehre von der nothwendigen Streitgenossenschaft. Wahrung der Berufungsfrist durch Zustellung der Berufung nur an einen Streitgenossen?

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 7. März 1895. O. I. 180/94.

Der Kläger hat gegen den ersten Staatsanwalt beim Landgericht Dresden Klage erhoben auf Aufhebung einer über ihn wegen Geistesschwäche vom Amtsgericht Dresden verhangenen Vormundschaft. Dem Rechtsstreite ist gemäß § 4 des Sächs. Gesetzes vom 20. Februar 1882 verb. § 607 Abs. 3 der C.P.O. der Vater des Klägers als Streitgenosse des Staatsanwalts beigetreten.

Durch Urtheil vom 4. Mai 1894 ist die Klage abgewiesen und der Kläger zu den Kosten des Rechtsstreites verurtheilt worden. Eine Ausfertigung dieses Urtheils ist auf Betreiben der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Dresden am 20. August 1894 dem Rechtsanwalt Dr. S. als dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers und dem Rechtsanwalt Dr. D. als dem Prozeßbevollmächtigen des Streitgenossen zugestellt werden. Eine dieses Urtheil betreffende Berufungsschrift vom 14. September 1894 hat der Kläger am 14. September 1894 dem Rechtsanwalt Dr. D. als dem Prozeßbevollmächtigten des Streitgenossen und am 17. September 1894 dem ersten Staatsanwalt beim Landgericht Dresden zustellen lassen. Außerdem hat er eine dasselbe Urtheil betreffende Berufungsschrift vom 23. Januar 1895 und das Urtheil selbst gleichzeitig am 24. Januar 1895 dem Rechtsanwalt Justizrath H. als den vom Streitgenossen für die zweite Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten und die neue Berufungsschrift allein am 25. Januar 1895 dem ersten Staatsanwalte beim Oberlandesgerichte zustellen lassen.

Der in beiden Berufungsschriften angekündigte Antrag des Klägers geht dahin, unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils dem Klagantrag gemäß zu erkennen. Der Staatsanwalt beim Oberlandesgericht hat Verwerfung des Rechtsmittels beantragt, der Streitgenosse St. hat diesem Antrage sich angeschlossen.

Nachdem das Berufungsgericht beschlossen hatte, daß über die Zulässigkeit der Berufung vorab zu verhandeln sei, hat der Kläger diese Zulässigkeit behauptet unter gleichzeitiger Bezugnahme darauf, daß ihm bereits am 12. Oktober 1894 ein vom Rechtsanwalt Justizrath H. als dem Prozeßbevollmächtigten des Streitgenossen verfaßter Schriftsatz zur Berufungsbeantwortung zugestellt worden sei. Letztere Thatsache wird von den Gegnern des Klägers anerkannt.

Die Berufung wurde als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen:

Durch die am 20. August 1894 auf Betreiben des Staatsanwalts erfolgte Urtheilszustellung an den Kläger wurde für diesen nach § 477 Abs. 1 der C.P.O. der Lauf der Berufungsfrist eröffnet. Dem steht nicht entgegen, daß die Zustellung nicht zugleich auf Betreiben des Streitgenossen erfolgt ist. Dieser hatte in Folge seines Beitrittes zum Rechtsstreite nach § 607 Abs. 3 der C.P.O. zunächst wenigstens für die erste Instanz als nothwendiger Streitgenosse des Staatsanwaltes im Sinne von § 59 der C.P.O. zu gelten. Die Bestimmungen der C.P.O. über die nothwendige Streitgenossenschaft bezwecken die Verhütung widersprechender Entscheidungen in Fällen, wo das streitige Rechtsverhältniß gegenüber allen Streitgenossen nur einheitlich festgestellt werden kann oder aus sonstigen Gründen die Streitgenossenschaft nothwendig ist (Motive in Hahn's Materialien zur C.P.O. Bd. 1 S. 174). Dieser Zweck wäre nicht erreichbar, wenn in den Fällen der nothwendigen Streitgenossenschaft der Lauf der Berufungsfrist kein einheitlicher wäre, sondern je nach der Zeit der Urtheilszustellung an oder für die einzelnen Streitgenossen ein verschiedener sein könnte. Da es kein Mittel giebt, durch welches der die Urtheilszustellung beabsichtigende Streitgenosse die Betheiligung der übrigen Streitgenossen an der Zustellung erzwingen könnte, muß aus der Vorschrift in § 60 der C.P.O., wonach jedem Streitgenossen das Recht zur Betreibung des Prozesses zusteht, wenigstens für den Fall der nothwendigen Streitgenossenschaft gefolgert werden, daß durch die von einem Streitgenossen bewirkte Urtheilszustellung für den Gegner die Berufungsfrist auch gegenüber den übrigen Streitgenossen eröffnet wird (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 30 S. 345 flg.). Der Kläger war also durch die Urtheilszustellung vom 20. August 1894 in die Lage gesetzt, die Berufungsfrist sowohl gegenüber dem Staatsanwalte als gegenüber dem Streitgenossen wahren zu müssen. Er hat dies zwar gegenüber dem letzteren durch fristgemäße Zustellung der Berufungsschrift an dessen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, Rechtsanwalt Dr. D., aber nicht gegenüber dem Staatsanwalte gethan. Denn die von ihm innerhalb der Berufungsfrist bewirkte Zustellung der Berufung an den ersten Staatsanwalt beim Landgericht Dresden ist wirkungslos. Vielmehr hätte diese Zustellung an den ersten Staatsanwalt beim Berufungsgerichte bewirkt werden müssen (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 18 S. 405 flg., Bd. 25 S. 419 flg.; Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 13 S. 264 flg.). Die nachträglich an diesen Staatsanwalt bewirkte Zustellung der Berufung ist verspätet und deshalb wirkungslos.

Der Staatsanwalt hat in der Berufungsverhandlung geltend gemacht, daß die Berufungsfrist überhaupt nur ihm gegenüber zu wahren gewesen wäre, da nur er nach § 607 Abs. 1 der C.P.O. dem Kläger als Partei gegenüberstehe und der Beitritt des Streitgenossen zum Rechtsstreite zunächst nur für die erste Instanz gegolten habe, dieser daher in der Berufungsinstanz erst von der Zeit an als Streitgenosse zu behandeln sei, wo er von neuem dem Rechtsstreite bei-

trete. Diese Frage ist nicht zweifelsfrei, braucht aber nicht entschieden zu werden. Ist sie zu bejahen, so wäre die Berufung schon deshalb als unzulässig zu verwerfen, weil sie nicht rechtzeitig dem zuständigen Staatsanwalte zugestellt worden ist. Ist sie zu verneinen, also der Vater des Klägers in Folge seines Beitrittes zum Rechtsstreite in erster Instanz ohne weiteres auch für die Berufungsinstanz als Streitgenosse des Staatsanwaltes zu behandeln, so würde die Berufung immer noch deshalb unwirksam sein, weil sie innerhalb der einheitlichen Berufungsfrist nicht beiden Streitgenossen in gültiger Weise zugestellt worden ist. Bei der nothwendigen Streitgenossenschaft, wie sie hier vorliegt, hat die Unterlassung oder die Unwirksamkeit der Berufungszustellung gegenüber auch nur einem Streitgenossen die Unzulässigkeit der Berufung gegenüber allen Streitgenossen zur Folge. Auch dies ergiebt sich aus dem Wesen der nothwendigen Streitgenossenschaft und der Nothwendigkeit einheitlicher Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses. Denn diese Einheitlichkeit ginge sofort dann verloren, wenn es zuzulassen wäre, daß die Berufung gegenüber einem Streitgenossen wegen verspäteter oder unwirksamer Zustellung als unzulässig verworfen, gegenüber dem anderen aber für zulässig erklärt und darnach als materiell begründet angesehen werden könnte. Andererseits kann die Annahme nicht für zulässig gehalten werden, daß durch die wirksame Zustellung der Berufung an einen der nothwendigen Streitgenossen die Berufungsfrist ohne weiteres auch gegenüber allen anderen Streitgenossen gewahrt sei. Denn das Gesetz erkennt zwar an, daß der eine Streitgenosse für den andern thätig sein und den Prozeß betreiben kann (§§ 59 und 60 der C.P.O.), bestimmt aber nicht, daß die vom Prozeßgegner gegenüber einem einzelnen Streitgenossen vorgenommene Prozeßhandlung von selbst auch gegen die übrigen Streitgenossen wirksam sein soll. Der Kläger mußte also zur Wahrung der Berufungsfrist vor deren Ablaufe die Berufung allen Streitgenossen gültig zustellen (vergl. Wenglers Archiv N. F. Bd. 11 S. 463 flg.; Wilmowski und Levy zu § 479 der C.P.O.). Da er dies nicht gethan hat, war seine Berufung als unzulässig zu verwerfen (§ 497 der C.P.O.).

Ueber die Verpflichtung des Prozeßgerichts zur Entgegennahme von Schriftsätzen nach Schluß der mündlichen Verhandlung.

L.G. Plauen, Civil.-K. I. Beschluß vom 20. Mai 1885 (C. B. 21/85).

„In der die Beschwerde näher begründenden Ausführungsschrift ist die vom Amtsgericht zurückgewiesene Eingabe des Klägers als eine Abschrift des dem Prozeßgegner zugestellten Schriftsatzes, mithin als die in § 124 C.P.O. für den Anwaltsprozeß vorgeschriebene Niederlegung eines vorbereitenden Schriftsatzes bei Gericht bezeichnet worden. Die ebengedachte Gesetzesvorschrift bezweckt, daß auch dem Gerichte von dem in dem vorbereitenden Schriftsatze enthaltenen Materiale schon vor der mündlichen Verhandlung Kenntniß gegeben und dem Vor

sitzenden dadurch die für die sachgemäße Leitung der Verhandlung nöthige Vorbereitung ermöglicht werde. Die Befolgung der Bestimmung des § 124 C.P.O. in dem Amtsgerichtsprozeß ist zwar den Parteien nicht vorgeschrieben, aber nach § 463 verb. § 456 doch nachgelassen. Auch in dem Amtsgerichtsprozeß enthält daher die Ueberreichung eines vorbereitenden Schriftsatzes bei dem Prozeßgericht der Sache nach den Antrag, das Schriftstück zu den Akten zu nehmen. Wie sich schon aus dem obenbezeichneten der Zwecke Vorschrift des § 124 C.P.O. ergiebt, kann die Partei ein sachliches Interesse haben, daß diesem Antrage stattgegeben werde. Die Zurückweisung desselben seiten des Gerichts läßt sich daher als eine Entscheidung im Sinne des § 530 auffassen und unterliegt folglich dem Rechtsmittel der Beschwerde. Die eingelegte Beschwerde erscheint somit an sich als zulässig, aber sie ist nicht begründet weil das zurückgewiesene Schriftstück, die Eingabe vom 22./23. April, als ein vorbereitender Schriftsatz nicht gelten kann.

Nun mag zwar dem Beschwerdeführer darin beigetreten werden, daß der Regel nach eine Prüfung der vorbereitenden Schriftsätze durch das Gericht im Vorverfahren nicht stattzufinden hat — vergl. Gaupp C.P.O. Bd. I S. 356 — und daß dieselben zu den Akten zu nehmen sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie nur Rechtsdeduktionen oder auch thatsächliche Behauptungen oder Erklärungen über Anträge des Gegners enthalten. Für die Vorbereitung zu sachgemäßer Leitung der Verhandlung können gewiß auch die Mittheilungen der rechtlichen Auffassung, von denen die Rechtsanwälte der Parteien, sei es in Bezug auf prozessuale oder sei es in Betreff der einschlagenden materiellen Rechtsfragen ausgehen, von Bedeutung sein. Aber von einem Schriftsatze im Sinne der Bestimmungen der C.P.O. § 120 flg., der die mündliche Verhandlung, auf Grund deren die Entscheidung zu ertheilen ist, vorbereiten soll, kann der Natur der Sache nach doch nur die Rede sein, insoweit eine mündliche Verhandlung in Aussicht steht, nicht mehr, wenn die Verhandlung bereits geschlossen ist. Das letztere war zur Zeit der Eingabe vom 22./23. April bereits der Fall. Es ist nun zwar weiter richtig, daß der Richter, worauf der Beschwerdeführer sich bezieht, bis zur Verkündung des Endurtheils die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anordnen kann, — C.P.O. § 142 —, aber die Füglichkeit der Parteien, für diesen Fall noch vorbereitende Schriftsätze zu wechseln, kommt nur in Frage, wenn entweder eine solche Wiederaufnahme bereits beschlossen, ein neuer Termin bereits angesetzt oder eine solche Wiederaufnahme der Verhandlung wenigstens von einer Seite beantragt worden ist. Keine dieser Voraussetzungen liegt jedoch vor. Der Richter konnte schon in Betracht dieser Sachlage die Eingabe vom 22./23. April nicht ohne Weiteres als einen vorbereitenden Schriftsatz ansehen und war zur Prüfung des Inhalts um so gewisser berechtigt, ja verpflichtet, als das Schreiben an das Amtsgericht, also den Richter adressirt ist. Die Prüfung dieses Inhalts ergiebt, daß das Schriftstück nichts Anderes, als die Darlegung rechtlicher Auffassungen des klägerischen Rechtsanwaltes enthält. Welchen Zweck diese schriftlichen Ausführungen nach dem Schluß

der mündlichen Verhandlung haben, wie der Inhalt derselben Prozeßstoff werden soll, ist nicht abzusehen. — Dadurch allein, daß die rechtlichen Ausführungen die vorliegende Streitfrage betreffen und daß der Kläger ein Exemplar des Schriftstücks vor der Einreichung bei Gericht dem Gegner zugestellt hat, kann dasselbe den Charakter eines vorbereitenden Schriftsatzes nicht erlangen. Fehlt ihr aber derselbe, so hat die Partei auch kein Recht, zu verlangen, daß die schriftlichen Darlegungen ihres Anwalts in Betreff der einschlagenden rechtlichen Fragen — und darum handelt es sich doch allein — nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung von dem Richter entgegen und zu den Akten genommen werden.

Würde die Sache in zweiter Instanz zur Verhandlung kommen, so könnte es freilich dem Kläger zweckmäßig erscheinen, die nämlichen schriftlichen Ausführungen, die jetzt zurückgewiesen wurden, doch noch als vorbereitenden Schriftsatz für die mündliche Verhandlung der Sache in zweiter Instanz, oder würde das Urtheil erster Instanz aufgehoben und anderweite Verhandlung in dieser Instanz angeordnet, auch für die weitere Verhandlung in I. Instanz nochmals bei Gericht einzureichen und es würde dann nach Befinden diesem neueingereichten Schriftsatze Aufnahme in die Akten nicht versagt werden können. Allein der Kläger hat es sich selbst zuzuschreiben als eine Folge seiner unzeitgemäßen Einreichung der schriftlichen Ausführungen und, insofern die Eingabe nunmehr, ohne ein Theil der Prozeßakten geworden zu sein, doch als Unterlage für die Entscheidung über die eingelegte Beschwerde bei dem Amtsgerichte zu verbleiben hat, als Folge seiner nicht begründeten Beschwerde, wenn er eintretenden Falls sich veranlaßt und bez. mit Rücksicht auf die Vorschrift C.P.O. § 124 genöthigt sehen sollte, eine anderweite Abschrift derselben Deduktionen auf der Gerichtsschreiberei des Gerichts I. bez. II. Instanz niederzulegen. Es hat daher auch die Erwägung dieser Eventualitäten zu einer für den Kläger günstigeren Entscheidung über seine Beschwerde nicht führen können."

Das Beschwerdegericht ordnete an, daß die die vorstehende Differenz betreffenden Schriftstücke von den Prozeßakten getrennt zu halten seien.

Schließt die Unbekanntschaft des Aufenthalts des durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretenen Schwurpflichtigen die Anberaumung eines Schwörungstermins und den Erlaß des Versäumnißurtheils aus?

L.G. Plauen, Civil-K. I. Beschlüsse vom 17. April und 15. Juni 1891. (C. B. I. 7/91 und 12/91).

Das Amtsgericht lehnte den Antrag des Klägers auf Anberaumung eines Schwörungstermins ab, weil der Prozeßbevollmächtigte des schwurpflichtigen Beklagten erklärt habe, daß ihm auch jetzt noch der Aufenthalt des Beklagten unbekannt sei und daß nach der von ihm eingezogenen Erkundigung die Angehörigen des Beklagten ihm versichert hätten, auch ihnen sei der Aufenthalt desselben unbe-

kannt. Auf Beschwerde des Klägers verfügte das Landgericht die Anberaumung eines Schwörungstermins, indem es ausführte: Da die Ladung zum Schwörungstermine nicht dem Beklagten selbst, sondern dem Prozeßbevollmächtigten desselben zuzustellen sei, könne die Abwesenheit des Beklagten keinen Hinderungsgrund für die Anberaumung eines Schwörungstermines bilden. Erst, wenn der Beklagte im Schwörungstermine nicht erscheine, werde die Frage zu prüfen sein, welche Folgen das Ausbleiben des Beklagten nach sich ziehe. Im Schwörungstermine blieb der Beklagte aus. Der Antrag des Klägers auf Erlaß des Versäumnißurtheils wurde vom Prozeßgerichte zurückgewiesen, die hiergegen erhobene Beschwerde aber vom L.G. für begründet erachtet. Die Gründe der letzteren Entscheidung lauten:

„Nach § 162 der C.P.O. müssen Zustellungen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen und zwar im Mangel einer anderweiten Bestimmung auch in solchen Fällen, wo es sich um rein persönliche Handlungen der Partei handelt. Eine Zustellung an die Partei selbst ist nach seiner Bestimmung ausgeschlossen, auch die öffentliche Zustellung im Falle des Unbekanntseins des Aufenthalts der Partei. Ist aber die Ladung zum Schwörungstermine dem Prozeßbevollmächtigten der schwurpflichtigen Partei zugestellt worden und erscheint die letztere nicht, weil sie wegen Unbekanntseines ihres Aufenthalts Kenntniß vom anberaumten Schwörungstermine durch ihren Prozeßbevollmächtigten nicht erlangt hat, so liegt nach Ansicht des Beschwerdegerichts keine Veranlassung vor, einem vom Gegner in Gemäßheit von § 430 der C.P.O. gestellten Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils nicht stattzugeben; es ist vielmehr in dem Erlaß des Versäumnißurtheils das einzige Mittel zu erblicken, mit welchem der Säumigkeit der Partei begegnet werden kann, welche es während des Schwebens eines Rechtsstreits der Mühe nicht für werth hält, ihren Prozeßbevollmächtigten von ihrem Aufenthalte in Kenntniß zu setzen. Im anderen Falle würde eine durch die Säumigkeit der schwurpflichtigen Partei herbeigeführte, entweder auf Absicht oder doch auf grober Fahrlässigkeit beruhende Verschleppung des Rechtsstreits ohne nachtheilige Folgen für die schuldige Partei sein, eine Thatsache, die gewiß nicht mit den im Uebrigen von der C.P.O. zur Verhütung von Prozeßverschleppungen getroffenen Maßregeln in Einklang gebracht werden könnte."

Erstattungsfähigkeit der Kosten der Reise zum Schwörungstermine bei Unterlassung eines Antrags nach § 441 der C.P.O.

L.G. Plauen, Civil-K. I. Beschluß vom 4. August 1891. (C. B. I. 15/91).

Der Schwurpflichtige war von seinem Wohnort Berlin zum Schwörungstermine nach Plauen gereist. Die Abnahme des Eides in Berlin hatte weder er selbst noch der Gegner beantragt. Die erste Instanz billigte ihm die Reisekosten zu; die Beschwerde des Gegners wurde verworfen. Das Landgericht führte aus:

„Wie aus der Fassung des § 441 der C.P.O. erhellt, bildet die Leistung

des in einem bedingten Endurtheile erkannten Eides vor dem Prozeßgerichte die Regel. Das Prozeßgericht kann unter den l. c. angegebenen Voraussetzungen von dieser Regel abgehen und den Eid durch einen Beauftragten oder ersuchten Richter abnehmen lassen, wird aber hiervon nur vorsichlig Gebrauch machen und es in den meisten Fällen auf eine Anregung der Parteien ankommen lassen, da ja die Eidesleistung vor dem mit dem Streitstoff vertrauten Richter regelmäßig als das Zweckmäßigere sich darstellt und überdies im Interesse des am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften Gegners gelegen sein wird, schon um diesem Gelegenheit zu geben, ohne Aufwand an Zeit und Geld dem Schwurpflichtigen persönlich Vorhalt thun zu können. Es wird daher der zum Schwörungstermine vorgeladene Schwurpflichtige zunächst davon auszugehen haben, daß das Prozeßgericht die Eidesleistung vor ihm als die zweckmäßigere Erledigung des Rechtsstreits oder des gerade in Frage befangenen Streitpunktes erachtet. Damit ist ihm die Möglichkeit, die Abnahme des Eides vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anzustreben, nicht abgeschnitten; er ist aber zur Stellung eines hierauf abzielenden Antrages aus dem oben angegebenen Grunde nicht verpflichtet und kann insbesondere auch abwarten, ob der Gegner die Anregung hierzu geben werde. Solange dies nicht geschehen, muß sowohl das Prozeßgericht als der Schwurpflichtige von der Annahme ausgehen, daß der Gegner an der Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte ein erhebliches Interesse habe. Im vorliegenden Falle ist eine solche Anregung von dem Beklagten als dem Gegner des schwurpflichtigen Klägers, weder diesem noch dem Gerichte gegeben worden.

In Erwägung alles dessen ist für den schwurpflichtigen Kläger aus dem Umstande, daß er, ohne Anregung zu einer Abnahme des Eides durch den Richter seines Wohnortes (Berlin) zu geben, der Ladung des Prozeßgerichts gefolgt ist, kein Vorwurf herzuleiten und es können daher auch nicht die durch die Reise des Klägers von Berlin nach Plauen zum Zwecke der Ableistung des ihm zuerkannten Eides erwachsenen Reisekosten als ein Aufwand angesehen werden, welchen der Kläger bei gehöriger Inobachtnahme der ihm obliegenden Pflichten als Prozeßpartei hätte vermeiden können.

Zu § 431 C.P.O. Grenzen der Zulässigkeit der Aenderung eines durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eides. Die Unerheblichkeit des zu berichtigenden Umstandes darf nicht den Gegenstand neuer Beweiserhebungen bilden.

L.G. Plauen, Civil.-K. I. Urtheil vom 16. Februar 1891. Dg. I 25/90.

Der im rechtskräftigen bedingten Endurtheile normirte Eid betrifft die Wahrnehmungen, welche Beklagter über die Beschaffenheit der ihm vom Kläger gelieferten, angeblich spätestens am Tage nach der Ablieferung untersuchten Butter gemacht hat. Beklagter hat zu schwören, daß dabei die Butter schlecht, buttermilchhaltig

und schlechtschmeckend gewesen sei. Er will in den Eid an Stelle dieser letzteren auf die Beschaffenheit der Butter bezüglichen Worte die Worte „ungleichartig, schimmelig und schlechtschmeckend“ gesetzt haben, indem er anführt, die Buttermilchhaltigkeit habe er erst je beim Verbrauche der Butter am 7., 8., 9., 10. und 11. oder 12. August 1890 bemerkt, mit welcher Modifikation erbiete er sich auch die in Betreff der Buttermilchhaltigkeit gemachten Wahrnehmungen zu beschwören. Kläger beantragt, den Eid als verweigert anzusehen und die Folgen der Eidesverweigerung durch Endurtheil auszusprechen; auf der Behauptung, daß die Butter buttermilchhaltig bei der ersten Untersuchung gewesen sei, beruhe das Sachverständigengutachten; auch könne recht wohl die Buttermilchhaltigkeit erst später infolge mangelhafter Verwahrung der Butter seiten des Beklagten eingetreten sein.

Nach diesem Antrage wurde erkannt und dies, wie folgt, begründet:

„Der Antrag des Beklagten auf Abänderung des ihm zuerkannten Eides würde nur auf § 431 C.P.O. gestützt werden können. Hiernach dürfen einmal unerhebliche Umstände, welche in die Eidesnorm aufgenommen worden sind, berichtigt werden, und sodann kann der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt ist. Allein von einer Berichtigung unerheblicher Umstände kann nicht die Rede sein, da die den Gegenstand der Eidesleistung bildenden Angaben des Beklagten betreffs der Beschaffenheit der Butter bei der vorgenommenen Untersuchung sowie betreffs des Zeitpunktes, wo solche erfolgte, gerade die Unterlage für das Gutachten des Sachverständigen gewesen sind und keinesfalls mit nur einiger Sicherheit angenommen werden kann, das Gutachten des Sachverständigen werde nicht anders ausgefallen sein, wenn dem letzteren die veränderten Angaben des Beklagten vorgelegen hätten. Insbesondere liegt auf der Hand, daß die Unerheblichkeit eines Umstandes, soll sie zu einer Abänderung der Eidesnorm führen können, dem Richter ohne Weiteres erkennbar sein muß, dagegen nicht erst durch neue in dem gegenwärtigen Stadium des Prozesses gar nicht mehr zulässige Beweiserhebungen festgestellt werden darf. Gerade die Nothwendigkeit hierzu läßt den Umstand nicht als unerheblich erscheinen und schließt eine entsprechende Abänderung aus. Die Bedeutung, welche der Umstand, daß Beklagter die Buttermilchhaltigkeit der Butter bereits am Tage nach Ankunft der Butter wahrgenommen hat, mit Rücksicht auf das abgegebene Sachverständigengutachten für die Entscheidung hat, hindert es auch, dem Erbieten des Beklagten zur Leistung eines beschränkten Eides, wofern man dies und nicht eine Modifikation des Eides in seinen Erklärungen finden will, Folge zu geben. Denn ein Weglassen des Wortes „buttermilchhaltig“ würde den Richter mit Rücksicht auf das Gutachten des Sachverständigen in die Lage bringen, eine Entscheidung überhaupt nicht treffen zu können.

Nach alledem mußte die in den Erklärungen des Beklagten liegende Ver-

weigerung des zuerkannten Eides dazu führen, dem auf Ausspruch der Folgen dieser Eidesverweigerung gerichteten Antrage des Gegners stattzugeben."

Berücksichtigung von Geständnissen des Gegners des Schwurpflichtigen im Schwörungstermine. Unzulässigkeit neuer Begründung der durch rechtskräftiges bedingtes Endurtheil zum Eide verstellten Einrede.

L.G. Plauen, Civ.K. I. Urtheil vom 1. Juli 1886, Dg. 8/86.

Der Kläger erbot sich im Schwörungstermine zur Ableistung des ihm mittelst bedingten Endurtheils auferlegten Eides, mittelst dessen er die angeblich durch den Beklagten an ihn erfolgte Bezahlung des Kaufpreises zweier Schweine abzulehnen hatte. Der Beklagte gab nunmehr an, es sei nicht wahr, daß er den Preis für die beiden ihm verkauften Schweine dem Kläger selbst bezahlt habe; er habe vielmehr den Preis für das erstere der ihm vom Kläger gelieferten Schweine an S., den Preis für das andere an den verstorbenen Kassirer des Klägers N. bezahlt. Demzufolge beantragte Beklagter, den Eid in Gemäßheit seines neuerlichen Vorbringens abzuändern. Auf Antrag des Klägers wurde Beklagter unbedingt verurtheilt. Die Gründe führen aus:

„Das Vorbringen des Beklagten im Schwörungstermine enthält das Geständniß der Unrichtigkeit derjenigen Thatsachen, welche von ihm zur Begründung der Zahlungseinrede angeführt und vom Gerichte als zu diesem Zwecke schlüssig erachtet worden waren. Ein derartiges Geständniß ist mindestens als Verzicht des Beklagten auf den Beweis der Einredethatsachen aufzufassen und steht daher seiner Wirksamkeit nach dem ausdrücklichen Erlasse des hierüber dem Kläger zuerkannten Eides gleich. Es war daher von Abnahme des Eides abzusehen und die Zahlungseinrede des Beklagten als unerwiesen zu verwerfen (C.P.O. §§ 429, 428 verbunden mit § 261).

Andrerseits durfte nicht auf den vom Beklagten gestellten Abänderungsantrag gefügt werden. Denn das neuerliche Anführen des Beklagten enthält nicht unwesentliche Abweichungen (C.P.O. § 431) von den früheren Angaben, sondern eine neue selbständige Begründung der Zahlungseinrede. Dies gilt namentlich von der Behauptung, daß der Preis je eines der beiden Schweine zu verschiedenen Zeiten jedesmal an eine bestimmte Person bezahlt worden sei, und von dem Mangel der Bezeichnung der Forderung, zu deren Tilgung die Zahlung bestimmt gewesen sein soll. Der Beachtung des neuen Vorbringens des Beklagten als eines wirksamen Vertheidigungsmittels steht die Rechtskraft des bedingten Endurtheils entgegen. Hierdurch ist unter den Parteien in einer für diese verbindlichen Weise festgestellt worden, daß nur die vom Beklagten vor dem Erlasse des Urtheils vorgeschützten Thatsachen geeignet seien, als Zahlungseinrede das Erlöschen der Klagforderung zu begründen. Damit ist der Beklagte mit der Geltendmachung anderer Einredethatsachen ausgeschlossen."

Berechtigung eines Verlagsbuchhändlers, der sich dem Autor gegenüber zur Wahrung der Anonymität verpflichtet hat, zur Verweigerung des Zeugnisses. (§ 345[5] der C.P.O.)

Beschluß des O.L.G.'s Dresden vom 22. Januar 1894 (II. C. 2/94).

Durch Beweisbeschluß war die Abhörung eines Verlagsbuchhändlers als Zeugen darüber angeordnet worden, ob und wie weit ein in seinem Verlage erschienenes Werk von dem Kläger herrühre. Der Zeuge hat bei seiner Abhörung angegeben, es hätten außer dem Kläger noch drei Mitarbeiter Beiträge zu dem Werke geliefert, jedoch die Namen der drei Mitarbeiter zu nennen verweigert, weil er sich in dem mit dem Kläger abgeschlossenen Verlagsvertrage verpflichtet habe, die Namen derselben gegen Jedermann geheim zu halten.

Die erste Instanz hatte die Weigerung auf Grund von § 349[3] der C.P.O. für gerechtfertigt erklärt. Dies wurde gebilligt aus folgenden Gründen:

Ob es sich im vorliegenden Falle um ein „Gewerbegeheimniß" im Sinne des § 349[3] der C.P.O. handelt, kann dahingestellt bleiben, weil dem Zeugen jedenfalls der Ablehnungsgrund des § 348[5] der C.P.O. zur Seite steht. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift sind Personen, welchen kraft ihres Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht, zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt. Inwiefern durch die Natur der Thatsachen Geheimhaltung geboten sei, darüber hat im einzelnen Falle das Gericht nach seinem Ermessen zu entscheiden (vergl. Gaupp, C.P.O., I S. 677 der 2. Aufl.; Wilmowski-Levy, C.P.O., I S. 560 der 6. Aufl.). Bei Thatsachen, welcher einer Person kraft ihres Gewerbes anvertraut sein sollen, ist auf die besonderen Verhältnisse des Gewerbes, die in demselben vorkommenden Gepflogenheiten und thatsächlichen Uebungen Rücksicht zu nehmen.

Allgemein bekannt und nach dem Gesetze durchaus zulässig (vergl. § 11 Abs. 3 des Gesetzes, das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w. betr., vom 11. Juni 1870), ist es, daß öfters bei Schriftwerken, welche im Buchhandel veröffentlicht werden, der Name des Urhebers gar nicht angegeben wird. In einem derartigen Falle hat der Autor ein Interesse daran, daß sein Name vor dem Publikum nicht genannt werde. Vermöge dieses Interesses wird er vielfach dem Verleger die Verpflichtung auferlegen, seinen Namen Dritten gegenüber geheim zu halten. Verträge, durch welche der Verlagsbuchhändler dem Schriftsteller die Wahrung der Anonymität zusichert, kommen im buchhändlerischen Verkehre sehr häufig vor; jeder gewissenhafte Verleger wird bemüht sein, das ihm anvertraute Geheimniß sorgfältig zu bewahren; es würde ihm, wenn er die Verpflichtung zur Verschwiegenheit brechen würde, in Schriftstellerkreisen mit Recht der Vorwurf der Unzuverlässigkeit gemacht werden, während ihm doch daran gelegen sein muß, sich das Vertrauen der Autoren zu erhalten. Gerade die besten und hervorragendsten

Schriftsteller würden, wenn sie aus irgend einem Grunde ein Werk anonym zu veröffentlichen beabsichtigen, mit Recht Bedenken tragen, mit einem als nicht verschwiegen bekannten Verleger in Verbindung zu treten. Es handelt sich demnach bei einem derartigen, zwischen dem Schriftsteller und dem Verleger abgeschlossenen Vertrage um eine dem letzteren kraft seines Gewerbes anvertraute Thatsache, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben geboten ist. Das Interesse, welches der Autor an der Geheimhaltung seines Namens hat, ist in der Gesetzgebung ausdrücklich als ein berechtigtes anerkannt; in dieser Beziehung braucht nur auf die Bestimmung in § 28 Satz 3 des bereits angezogenen Gesetzes vom 11. Juni 1870 verwiesen zu werden, deren Zweck gerade darin besteht, Vorsorge dafür zu treffen, daß der Autor und seine Rechtsnachfolger ihre Rechte wahrnehmen können, ohne genöthigt zu werden, aus der Anonymität herauszutreten. Wenn der Verleger, falls er auf Grund des angezogenen § 28 die dem Urheber zustehenden Rechte im Klagewege geltend macht, den Namen des letzteren nicht zu nennen braucht, so steht es hiermit nur im Einklange, daß er auch in einem Civilprozesse nicht als Zeuge den Namen des Autors, dem er Verschwiegenheit angelobt, anzugeben hat.

Der Beklagten ist zwar zuzugeben, daß eine bloß vertragsmäßig übernommene Verpflichtung zur Verschwiegenheit einen Zeugen nicht berechtigt, auf Grund von § 348[5] der C.P.O. das Zeugniß zu verweigern. (Vergl. Struckmann-Koch, C.P.O., S. 409 der 5. Aufl.; Sarwey, C.P.O., S. 511; Kohler in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 22 S. 483 flg.)

Im gegenwärtigen Falle handelt es sich indessen um eine vertragsmäßige Zusage, welche in den betheiligten Verkehrskreisen allgemein üblich und gebräuchlich ist; der Zeuge kann dann die Aussage verweigern, wenn er durch die Erstattung seiner Aussage die ihm berufsmäßig obliegende Pflicht der Verschwiegenheit verletzten würde; es ist der nämliche Grund ausschlaggebend, aus welchem auch Angehörige anderer Berufskreise wie Aerzte, Anwälte, Apotheker, Handelsmäkler u. A., zur Verweigerung des Zeugnisses befugt sind. (Vergl. v. Canstein, Lehrbuch des österreichischen Civilprozeßrechts, I S. 487 der 2. Aufl.) — Wenn die Beklagte noch geltend macht, es könne ein Vertrag, durch welchen sich eine Partei zur Geheimhaltung des Namens des anderen Kontrahenten verpflichte, arglistiger Weise zur Vereitelung der Führung des Zeugenbeweises geschlossen werden, so ist ihr entgegenzuhalten, daß diese thatsächliche Voraussetzung im gegenwärtigen Falle nicht zutrifft; es ist nicht der geringste Anhalt dafür vorhanden und ist auch von der Beklagten nicht einmal behauptet worden, daß der Kläger und der Zeuge aus unlauteren Motiven, etwa um einem Dritten Schaden zuzufügen, die Geheimhaltung der Namen der Mitarbeiter verabredet hätten; die Vereinbarung stellt sich vielmehr als durchaus unverdächtig und zulässig dar.

Recht des Rechtsanwalts zur Verweigerung des Zeugnisses.

(Beschluß des dritten Civils. des K. S. O.L.G.'s vom 25. Januar 1895. III. C. 17/95.)

Die Verweigerung des Zeugnisses Seitens des Rechtsanwalts X. wurde in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz für unerheblich erklärt.

Der Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert, hat nach § 351 Abs. 1 der C.P.O. die Thatsachen, auf welche er seine Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen. Der Beschwerdeführer, welcher von beiden Theilen als Zeuge benannt worden ist, stützt aber seine Zeugnißverweigerung gegenwärtig, nachdem ihn der Kläger, welchem er in dem von diesem gegen dessen Tochter, die verehel. B., geführten Vorprozesse als Sachwalter bedient gewesen ist, von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden hat, nur noch auf die Behauptung, daß, wenn die Thatsache, für welche er als Zeuge benannt worden sei, wahr wäre, ihm solche in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt doch nur bei einer Berathung anvertraut worden sein könnte, da nicht behauptet worden sei, daß er die angebliche Kenntniß etwa auf andere Weise als Privatperson erlangt hätte. Er folgert hieraus, daß er auch der genannten Tochter Klägers gegenüber nach gesetzlicher Vorschrift zur Verschwiegenheit verpflichtet sein würde, und gründet schließlich seine fortgesetzte Weigerung zur Ablegung des von ihm erforderten Zeugnisses darauf, daß die verehel. B. eine Erklärung, daß sie ihn ebenfalls von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinde, noch nicht abgegeben habe. Allein, ganz abgesehen davon, daß die verehel. B., wie dem Beschwerdeführer bereits mitgetheilt worden ist, inzwischen in beweisender Form zu den Akten erklärt hat, daß sie denselben in Ansehung alles dessen, was sie ihm im Laufe des Prozesses, den er im Jahre 1892 für ihren Vater gegen sie geführt hat, mitgetheilt habe, ausdrücklich von der ihm als Anwalt obliegenden Pflicht zur Verschwiegenheit entbinde, übersieht auch der Beschwerdeführer, daß von der Beklagten gar nicht behauptet worden ist, er habe, was nach Lage der Sache allein die Voraussetzung seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit bilden würde (§ 348 Ziff. 5 der C.P.O.), in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt von der von ihr behaupteten Thatsache, welche er bezeugen soll, Kenntniß erlangt, und daß der Kläger ihn ja nur für die Unwahrheit dieser Thatsache als Zeugen benannt hat. Der Beschwerdeführer irrt in der Annahme, daß, wenn ein Sachwalter als Zeuge benannt werde, bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung dafür spreche, derselbe könne, falls die Thatsache, welche er bezeugen soll, wahr wäre, nur in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt Kenntniß davon erlangt haben. Vielmehr ist, wenn sich dies nicht aus der streitigen Thatsache, was hier zweifellos nicht der Fall ist, von selbst ergiebt, von dem betreffenden Sachwalter, falls er sein Zeugniß verweigern will, der oben angezogenen Vorschrift in § 351 der C.P.O. Genüge zu leisten. Sache des Beschwerdeführers wäre es daher im vorliegenden Falle gewesen, sich zur Rechtfertigung seiner Zeugnißverweigerung darauf zu beziehen, daß er, sei es dem

Kläger oder dessen Tochter oder beiden gemeinsam, bereits vor Beginn jenes Vorprozesses in Bezug auf die dem Kläger an seine Tochter zustehende Forderung als Sachwalter bedient gewesen sei. An einer solchen Bezugnahme gebricht es aber gänzlich.

Beschlüsse, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, werden für den Instanzrichter mit der Zustellung an die Parteien unabänderlich.

L.G. Zwickau, III. Civil-K. Beschluß vom 12. Juli 1895. Cg. III 83/93.
O.L.G. Dresden, Beschluß vom 15. Oktober 1895. III C. 142/95.

Eine Partei, der einige Ansätze im Kostenfestsetzungsbeschlusse des Prozeßgerichts abgestrichen waren, ersuchte nach Ablauf der Nothfrist dieses Gericht, die betreffenden Ansätze in der ursprünglichen Höhe anderweit festzusetzen. Das Prozeßgericht lehnte ab.

(Aus den Gründen): „Die Frage, ob das Gericht befugt ist, seinen der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschluß vor Einlegung dieses Rechtsmittels abzuändern, ist bestritten. . . . Für die Ansicht, daß der Richter bis zur Einlegung der sofortigen Beschwerde seinen beschwerenden Beschluß abändern können, haben sich namentlich folgende Schriftsteller ausgesprochen: Wach, Vorträge, S. 97, Hellmann, Lehrbuch S. 770, Seuffert, C.P.O. 3. Aufl. § 540 Anm. 3, und insbesondere Gaupp, C.P.O. 2. Aufl., dessen Ausführungen in Nr. IV und Anm. 15 zu § 540 allerdings zu seinen Vorbemerkungen zu § 272 l. c. (Bd. I S. 553) nicht völlig in Einklang stehen. Alle diese Rechtslehrer begründen ihre Meinung im Wesentlichen damit, daß das Gesetz selbst diesen Satz aufgestellt habe, indem es das Gericht bloß zur Abänderung „seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung" für nicht befugt erkläre. Indessen giebt schon diese Gesetzesauslegung zu Bedenken Anlaß. Die Vorschrift, daß Beschlüsse des Gerichts dasselbe nicht binden, findet sich anderwärts im Gesetze generell nirgends ausgesprochen. Sie ist in dieser Allgemeinheit auch nicht vermöge Schlusses aus dem Gegentheile aus § 289 C.P.O. herzuleiten. Die Motive zur Civil-Prozeß-Ordnung heben zu dieser Gesetzesstelle ausdrücklich hervor (Hahn, Materialien zur C.P.O. 2. Aufl. S. 288), es sei als selbstverständlich weggelassen, daß Beschlüsse und Verfügungen prozeßleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft geben. Der Kostenfestsetzungsbeschluß hat aber nicht prozeßleitende, sondern entscheidende Eigenschaft und ersetzt das sonst bei einem Streite erforderliche Urtheil. Aber auch die citirte Stelle in § 540 Abs. 3 C.P.O. sagt in ihrem Wortlaute noch nicht, daß Beschlüsse, die der sofortigen Beschwerde unterliegen, bis Anfechtung für den ersten Richter abänderlich seien. Der Schluß, daß eine Handlung, weil sie von einer bestimmten Zeit an im Gesetze ausdrücklich verboten sei, schon aus diesem Grunde vor dieser Zeit gesetzlich erlaubt sei, trifft mindestens dann nicht zu, wenn sich aus den übrigen Bestimmungen des Gesetzes

das Gegentheil, sei es auch nicht mit direkten Worten, ergiebt. Dies ist aber hier der Fall.

Von Bedeutung bei Entscheidung der Streitfrage ist die Aeußerung in den Motiven zur C.P.O. (Hahn, l. c. S. 378), welche zu dem Satze, das Gericht sei zur Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt, hinzusetzt: „bezüglich des Beschwerdegegenstandes, hat die Thätigkeit des Instanzgerichts mit Erlaß der angegriffenen Verfügung ihr Ende erreicht." Diese Bemerkung, die bei den Berathungen der Civil-Prozeß-Ordnung niemals bemängelt oder auch nur einer Besprechuug unterzogen worden ist, läßt den Willen des Gesetzgebers in dieser Frage klar erkennen und kann nicht kurzer Hand als irrthümlich außer Acht gelassen werden. Andererseits ist das Gewicht, welches einige Schriftsteller (Gaupp, Seuffert l. c.) darauf legen, daß der Ausdruck in § 824 des Nordd. Entwurfs „wenn die Beschwerde an eine Nothfrist gebunden ist," zweifellos absichtlich in die Worte „durch Beschwerde angegriffenen Verfügung" abgeändert sei, nicht ausschlaggebend. Denn eben für die Absichtlichkeit dieser Aenderung fehlt jeder Nachweis, sie beruht auf einer bloßen Vermuthung. Es ist darauf hinzuweisen, daß es auch an einer anderen Stelle der Reichsgesetzgebung betreffs des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde, nämlich in § 353 St.P.O. ebenfalls heißt: „Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch (sofortige) Beschwerde angefochtenen Entscheidung nicht befugt", hierdurch aber zum Ausdruck gebracht werden soll, daß das Gericht die von ihm erlassenen, der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidungen überhaupt nicht abändern darf. (Löwe, Kommentar zur St.P.O. § 353 Nr. 8.) Dieser Hinweis auf ein anderes Gesetz ist nicht unstatthaft, weil bekanntlich der Ausdruck „sofortige Beschwerde" in der Reichsgesetzgebung als technische Bezeichnung gebracht wird.

Für die aus den Motiven sich ergebende Absicht des Gesetzgebers spricht weiter der Umstand, daß die der sofortigen Beschwerde unterliegenden Entscheidungen der Rechtskraft fähig sind. Es würde ein innerer Widerspruch sein, dem Rechtsmittel der Partei nach Ablauf der Nothfrist jede Wirkung auf den beschwerenden Beschluß zu versagen, gleichwohl aber dem Gerichte von Amtswegen oder auf einfache Anregung der Partei hin die Möglichkeit einzuräumen, den rechtskräftigen Beschluß abzuändern. Dies verträgt sich mit dem Wesen der Rechtskraft nicht. Die von Völderndorff (Kommentar zur K.O. 2. Aufl., 2. Bd. S. 23) versuchte Lösung, die Abänderung während des Laufes der zweiwöchigen Nothfrist dem Gerichte zu gestatten, läßt sich aus dem Gesetze nicht begründen. Auch könnte im vorliegenden Falle auf sie nicht zugekommen werden, weil hier die Nothfrist thatsächlich verstrichen ist.

Die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich über diese Frage geäußert haben, steht ebenfalls auf der Seite dieser sich aus den Motiven ergebenden und dem Zwecke wie der Natur der durch die sofortige Beschwerde angreifbaren Beschlüsse entsprechenden Auffassung. So Wilmowski & Levy C.P.O. 5. Aufl. § 540 Nr. 6; Struckmann & Koch, C.P.O. 5. Aufl. § 540 Nr. 5; Willenbücher,

Kostenfestsetzungsverfahren S. 36; Petersen, K.O. 3. Aufl. S. 312 und die von diesem weiter citirten Autoren. Nicht minder stimmt die Praxis der Gerichte, soweit bekannt, mit dieser Auffassung überein. Vergl. Wenglers Archiv N. F. VI S. 628 flg.; Busch, Zeitschrift Bd. XIV S. 263 flg. Auch das Königl. Sächs. Oberlandesgericht hat sich anläßlich der Erörterung der Frage, ob die erste Instanz ihren früheren, eine Zwangsvollstreckung einstellenden Beschluß später vor Einlegung einer Beschwerde anderweit durch Beschluß aufheben könne, dahin ausgesprochen, daß die erste Instanz hierzu nicht mehr berechtigt sein würde. Vergl. Beschluß des Königl. Sächs. Oberlandgerichts i. S. Unger contra Münch vom 12. Oktober 1894, III C. 181/94.

Auf die Beschwerde des Betroffenen bestätigt das Oberlandesgericht die vorstehende erstinstanzliche Entscheidung, indem es ohne näheres Eingehen auf die im Obigen besprochene Streitfrage bemerkte, das Rechtsmittel könne aus dem Grunde keinen Erfolg haben, weil der Kostenfestsetzungsbeschluß die Rechtskraft beschritten habe und das Prozeßgericht schon deshalb an seiner Abänderung behindert sei.

Bei Zustellung von Anwalt zu Anwalt muß das Empfangsbekenntniß innerhalb der Zustellungsfrist ausgestellt werden; § 181 der C.P.O.

L.G. Bautzen, Civil-K. II, Urtheil vom 24. Januar 1896; Dg. 176/95.

Der Kläger hat vorgelegt

1. ein Empfangsbekenntniß des Rechtsanwalts S. als des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, wonach die Zustellung des Urtheils des Königl. Amtsgerichts B. vom 23. Oktober 1895 an den Rechtsanwalt S. am 6. November 1895 erfolgt, und

2. ein am 20. Dezember 1895 ausgestelltes Empfangsbekenntniß desselben Anwalts, nach welchem diesem der Berufungsschriftsatz vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers, Rechtsanwalt W., am 9. November 1895 behändigt worden ist.

Ein weiteres Empfangsbekenntniß über die Zustellung der Berufung ist unbestritten nicht ausgestellt, die Berufung ist auch anderweit dem Beklagten nicht zugestellt worden.

Die Berufung wurde als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen:

Nach der Begründung des Entwurfs zur C.P.O. ist unter Zustellung im Allgemeinen die Mittheilung einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstücks unter Beurkundung der erfolgten Mittheilung zu verstehen. Damit scheint zwar der Wortlaut des § 156 der C.P.O. nicht übereinzustimmen, insofern nach seiner Vorschrift die Zustellung in der Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks besteht. Im Entwurfe zur C.P.O. waren indessen die Bestimmungen der §§ 156 und 173 des Gesetzes im § 166 in der Weise zusammengefaßt, daß nach der Bestimmung über die Aufnahme der Zustellungsurkunde die Vorschrift gegeben war, daß jeder Person, an welche eine Zustellung

erfolge, eine beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks zu übergeben sei, und der Inhalt des § 156 der C.P.O., der im Gegensatz zu der Frage, **wie** die Zustellung zu erfolgen habe, lediglich darüber Bestimmung trifft, **was** zuzustellen sei, ist erst durch die Kommission aus redaktionellen Gründen zu einer selbständigen Vorschrift gemacht worden. In der Begründung ist hierzu ausdrücklich betont, daß die Bestimmung des § 166 des Entwurfs, also sowohl die Vorschrift über die Mittheilung des Schriftstücks als auch die über die Beurkundung den Zustellungs**akt** betreffe. Ebenso ist zu § 171 des Entwurfs, welcher dem § 178 der C.P.O. entspricht, bemerkt, daß dieser Paragraph, der die Beurkundung der Zustellung durch den Postboten vorschreibt, den **Akt** der Zustellung im engen Anschlusse an die Vorschriften über die Zustellung durch Gerichtsvollzieher regle. Und zu § 174 des Entwurfs, welcher mit § 181 der C.P.O. übereinstimmt, ist in der Begründung bemerkt, daß für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt das Einverständniß der beiden Anwälte vorausgesetzt sei, indem ein schriftliches Empfangsbekenntniß des Requisiten zur Beurkundung der Zustellung beigebracht werden müsse, und der betreibende Theil auf anderweite Zustellung angewiesen sei, wenn die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses verweigert werde.

Hahn, Materialien zur C.P.O., S. 23 flg., 230 flg., 1212.

Danach kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß für jede Art der Zustellung deren Beurkundung als Theil der Zustellung selbst gedacht, und insbesondere auch für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses als für die Zustellung wesentlich vorausgesetzt ist. Diese Absicht des Gesetzgebers hat zwar im Gesetze keinen zweifelsfreien Ausdruck gefunden, der Wortlaut des Gesetzes steht aber nicht derart entgegen, daß er nicht in Gemäßheit des offenbaren Sinnes des Gesetzes ausgelegt werden könnte. Dieser Sinn entspricht auch allein dem Zweck des Gesetzes, die Feststellung, ob eine Zustellung erfolgt sei, der Verfügung der Parteien zu entziehen; dieser Zweck würde nicht erreicht worden sein, wenn die Beurkundung lediglich behufs Beschaffung eines Beweismittels, die das Gesetz überdies der Partei überlassen haben würde, vorgeschrieben und dadurch die Prüfung der Zustellung von der willkürlichen Beweisführung der Parteien abhängig gemacht worden wäre. Dem steht die Vorschrift des § 181 Abs. 2 der C.P.O., daß zum Nachweise der Zustellung das Empfangsbekenntniß genüge, nicht entgegen, insofern diese Bestimmung nicht besagt, daß das Empfangsbekenntniß überhaupt nur als Beweismittel in Frage komme, sondern nur hervorhebt, daß für den Fall der einfachen Behändigung von Anwalt zu Anwalt die Beurkundung dieses Vorgangs durch das Empfangsbekenntniß als ausreichend bescheinigt gelten soll,

Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 5, S. 414; Bd. 8, S. 332; Bd. 11, S. 404; Bd. 13, S. 367; Bd. 14, S. 348; Bd. 19, S. 426; **Buschs** Ztschr. Bd. 11, S. 59; Seufferts Archiv, Bd. 48, Nr. 66; **sächs.** Archiv, Bd. 4, S. 113; **Gaupp und Seuffert**,

Kommentare, zu § 181 der C.P.O.; v. Wilmowski und Levy, Kommentar zur C.P.O., 7. Aufl., S. 290 flg., 299 flg.

Ist danach die Ausstellung des Empfangsbekenntnisses als Theil der Zustellung von Anwalt zu Anwalt anzusehen, so ist im vorliegenden Falle, da ein Empfangsbekenntniß über die Behändigung des Berufungsschriftsatzes vom Prozeßbevollmächtigten des Beklagten vor dem Ablaufe der Berufungsfrist, wie unbestritten, nicht ausgestellt worden ist, die Zustellung von Anwalt zu Anwalt innerhalb der Berufungsfrist nicht zur Vollendung gelangt.

Da die Berufung auch anderweit nicht zugestellt worden ist, so war sie als unzulässig, wie geschehen, zu verwerfen.

Zur Auslegung von § 85 Abs. 5 G.K.G. Die Nichtzahlung des dem klagenden Ausländer auferlegten Vorschusses hindert nicht den Fortbetrieb des Prozesses durch den Beklagten. Deutsch-Russischer Handelsvertrag vom 10. Februar 1894.

L.G. Leipzig, Civil.-K. II. Beschluß vom 11. November 1896. B. C. II 260/96.

In einem beim Amtsgericht anhängigen Prozeßverfahren hatte sich erst im Laufe des Rechtsstreits herausgestellt, daß der Kläger russischer Staatsangehöriger sei. Der Beklagte erhob nunmehr die prozeßhindernde Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten und das Amtsgericht legte dem Kläger unter gleichzeitiger Entziehung des ihm früher ertheilt gewesenen Armenrechts die Zahlung eines dreifachen Gebührenvorschusses auf. Noch bevor dieser Vorschuß erlegt worden war, reichte der Beklagte Ladungsschriftsatz ein. Das Prozeßgericht verweigerte die Terminsbestimmung unter Berufung auf § 85 Abs. 5 G.K.G. Die Beschwerde des Beklagten wurde für begründet erklärt:

„Die Bestimmung in § 85 Abs. 5. G.G.K., wonach vor erfolgter Zahlung des von einem Ausländer zu entrichtenden Vorschusses die Vornahme jeder gerichtlichen Handlung in der Regel abzulehnen ist, hat nur den Zweck, den ausländischen Kläger die Rechtsverfolgung zu verwehren, solange er nicht die Staatskasse wegen der durch seine Klageerhebung veranlaßten Gerichtskosten sichergestellt hat; keineswegs hat hierdurch auch der inländische Beklagte in der Ausübung seiner Rechtsvertheidigung dem Kläger gegenüber beschränkt werden sollen. Auf eine solche Beschränkung der Prozeßrechte des Inländers würde es aber hinauslaufen, wenn das Gericht ihm die Fortsetzung des Prozesses bis zu dem Zeitpunkte, wo der Ausländer seiner gesetzlichen Vorschußpflicht genügt habe, untersagen dürfte. Auch wenn der Vorschuß vom Kläger nicht bezahlt wird, muß der Beklagte doch immerhin das Recht haben, den Klaganspruch zu bekämpfen und die Klage, sei es auch nur mit Rücksicht auf die ihr in erster Linie entgegengesetzte Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten zu Falle zu bringen.

Abgesehen hiervon ist es nicht einmal richtig, den Kläger im Sinne des § 85 G.K.G. als Ausländer zu behandeln.

Die Annahme des Vorderrichters, daß in Rußland den dort als Kläger auftretenden Deutschen in der hier fraglichen Beziehung nicht die Gegenseitigkeit verbürgt sei, ist irrig. Die Bl. . hierfür beigebrachten Literaturnachweise betreffen sämmtlich den Rechtszustand vor Abschluß des Deutsch-Russischen Handels- und Schiffahrtsvertrags vom 10. Februar 1894. In Art. 2 dieses Vertrags ist bestimmt,

daß die Angehörigen beider Reiche im Gebiete des andern Theils freien Zutritt zu den Gerichten haben, um als Kläger oder Beklagte aufzutreten und daß sie in dieser Hinsicht alle Rechte und Befreiungen der Inländer genießen sollen.

Damit sind für die Geltungsdauer des Handelsvertrags die russischen Staatsangehörigen im Rechtsverkehre mit den deutschen Gerichten der Inländer gleichgestellt, sodaß die Auferlegung des dreifachen Gebührenvorschusses — ebenso wie die im Hinblick auf die Ausländereigenschaft des Klägers verfügte Entziehung des ihm früher ertheilt gewesenen Armenrechts — ungerechtfertigt war.

Gesichtspunkte für Verwerfung eines Zwangsvergleichs nach § 173 der KO. Ueberstimmung der ablehnenden Gläubiger durch den mit dem Gemeinschuldner verwandten Hauptgläubiger. Außerachtlassung des Nachforderungsrechts. Gehören die Kosten des Zwangsvergleichsverfahrens zu den Massekosten?

L.G. Plauen, Civil-K. I. Beschluß vom 30. September 1891. C. B. I. 22/91.*)

Auf Beschwerde eines Gläubigers wurde der den Zwangsvergleich bestätigende Beschluß des Konkursgerichts aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Wie aus den Akten hervorgeht, hat der Kaufmann P. in R., welcher sich Inhalts des verworfenen Vergleichs zur Bezahlung von 30 % der nicht bevorrechtigten Konkursforderungen verpflichtet hat, im Januar 1891 dem Beschwerdeführer zunächst 50 %, dann 55 % der dem letzteren gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderung angeboten. Es würde also, wenn der Beschwerdeführer jenes Gebot P.'s angenommen hätte, ein Zwangsvergleich zu Stande gekommen sein, nach welchem die Konkursgläubiger fast das Doppelte von dem erhalten haben würden, was denselben nach dem verworfenen Vergleiche zukommen sollte. Die Annahme des Gebots von 30 % durch die in § 169,$_2$ K.O. vorgeschriebene Mehrheit der Forderungsbeträge ist aber nur dadurch ermöglicht worden, daß die Mutter des Gemeinschuldners, deren Forderung weit über die Hälfte der sämmt-

*) Anm. des Eins. Die Bedenken, welche namentlich in kaufmännischen Kreisen und in Fällen, in welchen Verwandte des Gemeinschuldners als Hauptgläubiger den Zwangsvergleich betreiben, gegen das Institut des Zwangsvergleichs erhoben werden, dürften durch eine dem Sinne des obigen Beschlusses entsprechende strengere Handhabung des gerichtlichen Bestätigungsrechts einen großen Theil ihrer Berechtigung verlieren.

lichen angemeldeten Forderungen beträgt, für die Annahme jenes Gebots von 30 % gestimmt hat. Es liegt nun auf der Hand, daß die Mutter des Gemeinschuldners bei ihrer Abstimmung nicht sowohl ihr Interesse als Konkursgläubigerin im Auge gehabt, als vielmehr aus verwandtschaftlichen Rücksichten gehandelt hat und daß der Vergleichsvorschlag von 30 % überhaupt nur gemacht worden ist, weil die Möglichkeit vorlag, mit Hilfe der Mutter des Gemeinschuldners als der überwiegenden Hauptgläubigerin die nicht willfährigen Gläubiger zu überstimmen. Ueberdies ist die angebotene Akkordrate kein genügender Ausgleich dafür, daß die nicht bevorrechtigten Gläubiger mit Annahme des Zwangsvergleichs das Nachforderungsrecht auf 70 % ihrer Forderungen verlieren. Ohne den Zwangsvergleich erhalten sie jetzt bereits mindestens $18\frac{1}{2}$ % ihrer Forderungen und behalten das Nachforderungsrecht. Der ökonomische Werth dieses Rechts ist im vorliegenden Falle nicht zu unterschätzen, namentlich im Hinblick darauf, daß der Gemeinschuldner ein in den besten Jahren stehender, thatkräftiger Kaufmann ist, dem es bei einiger Gunst der Verhältnisse und mit der sicherlich nicht ausbleibenden Unterstützung seiner nächsten, nicht unvermögenden Verwandtschaft nicht fehlen dürfte, wieder zu besseren Vermögensverhältnissen zu gelangen, welche ihn in die Lage bringen, seine Gläubiger voll zu befriedigen oder ihnen wenigstens mehr zu gewähren, als ihnen zur Zeit durch den vorgeschlagenen Zwangsvergleich geboten wird.

Es war hiernach der Vergleich vom 29. August v. J. als dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Gläubiger widersprechend zu bezeichnen (§ 173 der K.O.) und demgemäß der eingewendeten Beschwerde stattzugeben.

Die erwachsenen Kosten waren, da die Kosten des Zwangsvergleichsverfahrens nicht unter die Massekosten zu rechnen sind (Hahn, Materialien zur K.O. S. 229) nach § 87 der C.P.O., § 65 der K.O. dem Gemeinschuldner aufzuerlegen.

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Den Parteien steht nach den Vorschriften der C.P.O. das Recht, zum Zwecke der Nachholung des versäumten Vorbringens von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, Beweisanträgen oder Beweiseinreden, die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu beantragen, nicht zu. Ob die Partei oder deren Prozeßvertreter bei solcher Versäumung eine Schuld trifft oder nicht, ist unerheblich (C.P.O. §§ 208, 251, 256, 491, 485). Die Vorschrift des § 142 C.P.O. stellt nur in das Ermessen des Gerichts, von Amtswegen die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anzuordnen, wenn das Gericht der Ansicht ist, daß aus dem Ergebnisse der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung selbst, weil sie in einem erheblichen Punkte nicht erschöpfend gewesen, die Nothwendigkeit weiterer Verhandlung sich ergebe. Diese Voraussetzung für die Anordnung der Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung ist im vorliegenden Falle überdieß gar nicht vorhanden. Beklagter will nur Versäumtes nach

holen.*) Aus dem Umstande aber, daß die Parteien in der in Gemäßheit des § 142 wieder eröffneten Verhandlung bisher Versäumtes nachzuholen in der Lage sind, darf selbstverständlich nicht geschlossen werden, daß ihnen ein Recht auf Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung zusteht (Planck Lehrbuch II § 95 S. 86 Anm. 142; v. Wilmowski-Levy, Kommentar Anm. 1, 2 zu § 142; Gaupp III. Aufl. Bd. I S. 144; Entscheidungen des Reichsg. in Civils. Bd. 16, S. 417; Jur. Wochenschrift 1894 S. 261 Nr. 6; Seufferts Archiv Bd. 41 Nr. 231, Bd. 50 Nr. 210) VI. B 210/96 vom 21. 12. 1896.

2. Die Annahme des O.L.G.'s, daß Kläger deshalb, weil er in dem früheren, vor Erlaß des Theilurtheils stattgefundenen Verhandlungstermine vom 22. 12. 1893 nur die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 3150 ℳ nebst Zinsen beantragt habe, den früher mit der Klage geforderten Mehrbetrag im gegenwärtigen Rechtsstreite nicht mehr geltend machen könne, läßt sich durch den Hinweis auf § 243 der C.P.O. nicht begründen. Das O.L.G. geht davon aus, daß zwar ein Verzicht des Klägers auf den die Summe von 3150 ℳ übersteigenden Betrag seines Anspruchs nicht vorliege, daß jedoch der Kläger für den Mehrbetrag die Klage zurückgenommen habe. Bei dem Umstande, daß Kläger gar keine Erklärung darüber abgegeben hat, wie er es mit dem früher geforderten Mehrbetrage gehalten wissen wolle, muß es schon für bedenklich erachtet werden, in der bloßen Thatsache, daß Kläger die Zuerkennung eines geringeren Betrages verlangt hat, eine Zurücknahme der Klage für den früher geforderten Mehrbetrag zu erblicken. Aber wenn man auch diese Annahme als auf thatsächlicher Würdigung beruhend in der Revisionsinstanz nicht für anfechtbar erachten wollte, so würde auch an die theilweise Zurücknahme der Klage bezüglich des ursprünglich geforderten Betrages nicht die Konsequenz geknüpft werden können, daß Kläger nicht in einem späteren Stadium des Prozesses seinen Anspruch wieder erhöhen könnte. Der § 243 der C.P.O. spricht von der Zurücknahme der ganzen Klage, und diese hat nach Abs. 3 daselbst die Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Wird aber ein erhobener Klageanspruch nur dem Betrage nach reduzirt, so greift der Grundsatz des § 240 Nr. 2 (§ 491 Abs. 2) Platz, wonach der Kläger jederzeit den Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitern oder beschränken kann. Kläger, der seinen Klagantrag beschränkt hat, kann nicht schlechter gestellt werden, als wenn er ursprünglich seinen Antrag auf die geringere Summe gerichtet hätte, in welchem Falle ihm unbedenklich die spätere Erhöhung gestattet ist. In diesem Sinne hat

*) Verhandlung und Beweisaufnahme in der Berufungsinstanz waren geschlossen und Termin zur Verkündung einer Entscheidung anberaumt; Beklagter beantragte Wiedereröffnung der Verhandlung, weil zur Charakterisirung eines der abgehörten Zeugen noch Verschiedenes vorzubringen, der von demselben geschilderte Vorgang nach der Darstellung des Beklagten auch ganz anders verlaufen, und dieß vorzutragen und dem Zeugen vorzuhalten, nur in Folge eines Versehens der erstinstanzlichen Anwalts unterblieben sei. Das Berufungsgericht wies den Antrag zurück; das R.G. bestätigte.

sich auch bereits das R.G. ausgesprochen, Jur. Wochenschrift 1896 S. 398 Nr. 6 (Petersen C.P.O. III. Aufl. § 243 Bem. 6). II 266/96 vom 15. 12. 1896.

3. Es kann nicht zugegeben werden, daß bei der Vernehmung des Zeugen gegen die Vorschriften der C.P.O. verstoßen worden ist. Nach dem Vernehmungsprotokolle vom 20. 12. 95 hat der Zeuge erklärt: „ich habe nach den mir vorliegenden Akten*) mein Wissen von der Sache bereits schriftlich zu Papier gebracht und übergebe diese meine schriftliche Darstellung über den aktenmäßig aufgestellten Sachverhalt zu Gerichtshänden, nehme das Geschriebene unter meinen Eid und bitte, das Schriftstück als meine Erklärung gelten zu lassen.“ Darnach hat der Zeuge bekundet, daß er von dem Sachverhalt nur dasjenige wisse, was sich aus den Akten ergebe, daß er also aus persönlicher Erinnerung keine Darstellung geben könne, daß er aber eine Darstellung des Sachverhalts aus den Akten angefertigt habe und das Schriftstück, dessen Richtigkeit er bestätige, überreiche. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine solche Vernehmung einen Verstoß gegen die C.P.O. enthalten kann. Der Zeuge hat eine mündliche Erklärung über den Gegenstand seiner Vernehmung abgegeben, nämlich dahin, daß er hiervon aus persönlicher Erinnerung nichts wisse. Wenn er dabei die schriftliche Darstellung aus den ihm zur Verfügung stehenden Akten überreicht, und das Berufungsgericht diese Darstellung bei der Beweiswürdigung als glaubwürdig angesehen hat, so steht dies mit den Vorschriften der C.P.O. nicht in Widerspruch. VI. 263/96 vom 4. 1. 1897.

4. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hatte bei dem Gerichtsschreiber des O.L.G.'s beantragt, das Versäumnißurtheil dieses Gerichtes vom 31. 10. 96 mit dem Atteste der Rechtskraft zu versehen. Da der Gerichtsschreiber diesen Antrag ablehnte, wiederholte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers denselben und bat, eventuell die Sache dem Senat zur Entscheidung vorzulegen. Der Gerichtsschreiber hat letzteres gethan. Das O.L.G., das Prozeßgericht, will dem Gesuche nicht entsprechen und hat auf Grund des § 540 Abs. 4 der C.P.O. die Sache dem R.G. zur Entscheidung vorgelegt. Dies Verfahren entspricht indeß nicht dem Gesetz. Nach § 701 der C.P.O. findet sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen statt, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erfolgen können. Diese Vorschrift bezieht sich aber, wie das R.G. schon mehrfach ausgesprochen hat — Entsch. in Civils. Bd. 25 S. 387 flg., Bd. 31 S. 410 — nicht auf solche Entscheidungen, welche nur zur Vorbereitung des Vollstreckungsverfahrens dienen, namentlich nicht auf Entscheidungen betreffend die Ertheilung von Attesten der Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit. Gegen diese ist vielmehr die einfache Beschwerde zulässig. Das O.L.G. hat daher gemäß § 539 Abs. 1 der C.P.O. über das vorerwähnte Gesuch selbst Entscheidung zu treffen. B R VI. 221/96 vom 7. 1. 1897.

*) Es handelt sich um die Vernehmung des Direktors des Königl. Hofbräuamtes zu München, Regierungsrath X.

5. Dem vom O.L.G. ausgesprochenen Satze, daß die in § 3 des (zwischen den Parteien — Brüdern — über die Begründung einer offenen Handelsges. abgeschlossenen) Gesellschaftsvertrags getroffene Bestimmung, wonach ein Gesellschafter durch einstimmigen Beschluß der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann, für rechtsunwirksam zu erachten sei, ist beizutreten gewesen. Er beruht auf der Anschauung, daß nach den Grundsätzen des H.G.B.'s die Ausschließung eines Mitgliedes einer offenen Handelsgesellschaft gegen seinen Willen lediglich richterlicher Entscheidung zugewiesen und daher der Willkür der Parteien entzogen sei. Diese schon in den Entsch. des Reichs-O.H.G.'s Bd. 21 S. 84 entwickelte Auffassung ist auch von der Doktrin durchweg als richtig anerkannt worden (Staub, zu Art. 128 § 6; Makower, zu Art. 128 Note 13; Behrend I § 80 Note 5). Das H.G.B. enthält bezüglich der offenen Handelsgesellschaft eine Reihe von Bestimmungen, welche zweifellos der öffentlichen Ordnung angehören und durch Privatdisposition der Gesellschafter nicht abgeändert werden können. Insbesondere ist Art. 90, welcher vorschreibt, daß das Rechtsverhältniß der Gesellschafter untereinander sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet, und die Bestimmungen der nachfolgenden Artikel nur insoweit angewendet wissen will, als über die darin berührten Punkte keine Vereinbarung getroffen ist, nur für den zweiten Abschnitt des betreffenden Titels, nicht auch für den vierten Abschnitt maßgebend, welcher „von der Auflösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben" handelt. Bezüglich der im vierten Abschnitt enthaltenen Vorschriften ist im einzelnen Falle je nach dem Charakter derselben und etwaigen Andeutungen, die das Gesetz selbst enthält, zu prüfen, ob sie der öffentlichen Ordnung angehören oder nicht. Nun geht das H.G.B. im Allgemeinen von dem Grundsatze aus, daß die Gesellschaft durch den Austritt eines Mitgliedes aufgelöst wird und läßt nur einige Ausnahmen von diesem Grundsatze zu (Art. 123 Nr. 2, 127, 128). Der Art. 128, welcher einen dieser Ausnahmefälle enthält, weist aber unter Bezugnahme auf den Art. 125 die Ausschließung eines Gesellschafters aus Gründen, welche in der Person desselben liegen, lediglich der Entscheidung des Richters zu. In Art. 130 Abs. 1 trifft das Gesetz dann weiter eine ganz allgemeine Bestimmung über den Zeitpunkt der Auseinandersetzung in Ansehung der Vermögenslage auch mit dem ausgeschlossenen Gesellschafter und gibt durch die Vorschrift, daß die Zeit der Behändigung der Klage in Betracht komme, deutlich zu erkennen, daß es nur an eine Ausschließung auf Grund gerichtlicher Klage gedacht hat. Hätte das Gesetz eine Ausschließung durch Privatwillkür auf Grund des Gesellschaftsvertrages für statthaft gehalten, so hätte es auch diesen Fall in Betracht ziehen müssen. Die Art. 130 und 131 wollen, wie aus ihrem Inhalte klar hervorgeht, maßgebende Grundsätze bezüglich der Auseinandersetzung für alle diejenigen Fälle aufstellen, in denen trotz des Austrittes eines einzelnen Gesellschafters die Gesellschaft als solche bestehen bleibt, in welchem also keine Auflösung und keine Liquidation eintritt. Ein solcher Austritt erfolgt entweder durch freiwilliges

Ausscheiden eines einzelnen Gesellschafters (Art. 127) oder durch Ausschließung desselben wider seinen Willen. Die Art. 130 und 131 sind aber, was die Ausschließung angeht, nur auf Fälle der Ausschließung durch gerichtliches Urtheil zu beziehen, wie aus dem citirten Abs. 1 des Art. 130 hervorgeht. Es würde also für solche Fälle, in denen die Ausschließung eines Gesellschafters lediglich durch den Beschluß der übrigen erfolgen sollte, an einer gesetzlichen Bestimmung über die Auseinandersetzung fehlen. Eine analoge Anwendung der genannten Artikel auf die letzteren Fälle würde aber schon deshalb nicht thunlich sein, weil hierbei von einer Klage keine Rede sein kann. Hieraus darf der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz selbst die Ausschließung eines Gesellschafters auf anderem Wege als durch gerichtliche Entscheidung als rechtlich unmöglich angenommen hat. . . Ebensowenig kann es für zutreffend erachtet werden, wenn die Revision darauf hinweist, daß Art. 124 b eine freie Kündigung unter den Gesellschaftern gestatte, und mit Rücksicht hierauf die Bestimmung des § 3 des Gesellschaftsvertrags für statthaft erachtet werden müsse. Der Art. 124 b kennt allerdings eine Aufkündigung von Seiten eines Gesellschafters, wenn diese, wie im vorliegenden Falle geschehen, auf unbestimmte Dauer eingegangen ist. Aber zunächst wird durch eine solche Aufkündigung die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft herbeigeführt, was die Beklagten eben nicht wollen, indem sie allein ohne den Kläger die Gesellschaft fortzuführen gedenken. Sodann kann nach Art. 126 b auch nur der Gesellschafter kündigen, welcher aus der Gesellschaft ausscheiden und damit die Auflösung herbeiführen will. Hier aber haben umgekehrt die Beklagten, welche bleiben wollen, das Ausscheiden des Klägers verlangt. . ." II. 270/96 vom 15. 1. 1897.

6. Ablieferungsort für die von der Beklagten (in Danzig) an die Klägerin (Mannheim) laut Kaufvertages zu übersendenden 140 Centner Braunsenfsamen war Rotterdam, wo die Waare aus dem Seedampfer auf das Rheinschiff umgeladen wurde. Klägerin hat die Waare erst in Mannheim untersucht und dann zur Verfügung gestellt. Beklagter wurde mit dem Einwande der Verspätung der Mängelanzeige nicht gehört. . . „Die Annahme des Berufungsgerichts, daß nach den besonderen Umständen des Falles die erst in Mannheim erfolgte Untersuchung und darauf erstattete Mängelanzeige noch rechtzeitig erfolgt sei, konnte nicht für rechtsirrthümlich erachtet werden. War auch das größere Muster, welches die Klägerin am 6. 10. 1893*) von der Beklagten mit der Post zugesendet erhielt, nicht als Ausfallmuster bezeichnet, so erscheint es doch rechtlich unbedenklich, daß das Berufungsgericht mit Rücksicht auf das vorausgegangene Verlangen der Klägerin feststellt, diese habe unter den gegebenen Umständen als gewiß annehmen dürfen, daß sie in dem erwähnten Muster ein durch Stichprobe gewonnenes, die Waare selbst repräsentirendes Ausfallmuster erhalten habe. Da nun aber dieses vermeintliche Ausfallmuster in der Qualität mit der Probe, nach

*) Auf ihr Verlangen nach einer „großen Ausfallprobe"; der Seedampfer kam am 17. 10. 93 in Rotterdam an.

welcher der Kauf abgeschlossen worden war, übereinstimmte, so rechtfertigt sich auch die Annahme des Berufungsgerichts die Klägerin habe nunmehr sich darauf verlassen können, daß die Waare selbst im Wesentlichen sich als vertragsmäßig erweisen werde, und sei deshalb berechtigt gewesen, die Untersuchung der Waare auf etwaige Abweichung von dem Ausfallmuster bis zur Ankunft der Waare in Mannheim zu verschieben. Es handelt sich hier eben nicht um nachträgliche Geltendmachung von Mängeln der Waare, welche schon an dem die Waare repräsentirenden Ausfallmuster wahrgenommmen werden konnten, vielmehr um solche, durch welche sich die gelieferte Waare von dem Ausfallmuster unterschied. Nur dadurch daß das am 6. 10. 1893 gesendete Muster in Wahrheit nicht, wie die Klägerin voraussetzen durfte, ein Ausfallmuster, vielmehr nur ein zurückgebliebener Theil der ursprünglichen Kaufprobe war, wurde die Klägerin in ihrem Vertrauen getäuscht, ohne daß sie selbst die ihr obliegende Pflicht der Sorgfalt verletzt hätte. . .“ II 289/96 vom 12. 1. 1897.

7. Der Beklagte hatte in einem besseren Viertel der Stadt X, wo der Code civil gilt, mit Duldung der Verwaltungsbehörde, ein Bordell errichtet. Auf Antrag von Besitzern der in der Nähe des betreffenden Hauses liegenden Grundstücken wurde er verurtheilt, des Halten eines Bordells in diesem Hause bei Vermeidung einer Geldstrafe von 500 M für den ersten, einer Haftstrafe von 2 Monaten für den zweiten, und einer Haftstrafe von 6 Monaten für jeden weiteren Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen. Das Urtheil nahm Bezug auf Cc. 554 (störende Einwirkungen) und 1382 flg. (eine das Eigenthum der Kläger beschädigende unrechte That). Revision zurückgewiesen: 1382 Cc. sei mit Recht angewendet; die Duldung des Bordells durch die Verwaltungsbehörde sei irrelevant. . . „Den Verwaltungsbehörden kommt in Deutschland und wie das Berufungsgericht feststellt, speciell in dem Gebiete, zu dem die Stadt X gehört, die Befugniß nicht zu, Bordelle zu konzessioniren. Die bloße Duldung beruht zwar auf der das öffentliche Wohl berücksichtigenden Erwägung, daß die Möglichkeit besserer polizeilicher und ärztlicher Ueberwachung der gewerbsmäßigen Unzucht durch das Bestehen von Bordellen gegeben ist, allein dieselbe hindert nicht die Geltendmachung der durch den Betrieb eines bestimmten Bordells verletzten Privatrechte und bedingt keine Zuständigkeitsüberschreitung der Gerichte, wenn durch diese der Weiterbetrieb eines einzelnen in einem besseren Stadtviertel eröffneten Bordells, welches das Nachbareigenthum schädigt, untersagt wird.“ II 263/96 vom 8. 1. 1897.

8. Eine in erster Linie für Preußen wichtige Frage haben (im Gegensatz zum fünften Civils. vergl. Entsch. des R.G.'s Bd. 23 S. 233 flg.) die vereinigten Civilsenate in der Sitzung vom 28. 12. 1896 durch Aufstellung folgenden Rechtssatzes entschieden: Den in §§ 24—28 des Preußischen Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. 7. 1883 genannten Forderungen*) steht ein Vorrecht gegenüber den in das

*) D. h. die der Eintragung in das Grundbuch nicht bedürfenden Massekosten und die

geringste Gebot nicht aufgenommenen Hypothekenforderungen auch dann zu, wenn sie nicht schon im Versteigerungstermin, sondern erst später angemeldet werden. III 54/96.

Literatur.

Besprechungen.

Die Beweislast im Civilprozeß. Theorie, Kasuistik und Präjudiziensammlung. Ein Handbuch für die Praxis. Von B. Betzinger, Landgerichtsrath. Karlsruhe, Verlag von J. Lang.

Der Verfasser sucht die Lehre von der Beweislast, die trotz der ausgezeichneten Bearbeitung, die sie in der jüngsten Zeit erst durch Fitting erfahren hat, noch eine Menge ungelöster Streitfragen enthält, auf neuen Grundlagen aufzubauen. Die Methode, deren er sich bedient, ist die der angewandten Logik. Sie verleiht dem Buche schon bei rein äußerlicher Betrachtung ein eigenthümliches Gepräge durch die Fülle der dem Leser entgegentretenden logischen Formeln und mathematischen Begriffskonstruktionen, wie man sie in gleichem Umfange bei rechtswissenschaftlichen Werken sonst nicht anzutreffen pflegt. Wir verweisen u. A. auf die figürlichen Darstellungen S. 255, 317, auf die mittelst der logischen Schlußformel barbara gewonnene Verdeutlichung des Urtheilssyllogismus S. 274, und um nur ein besonders auffallendes Beispiel herauszuheben, auf die S. 256 und 317 aufgestellten Gleichungen: M + G = Nicht-W und M + Nicht-G = W, wobei M die Mindernorm, G die Gegennorm und W die Rechtswirkung ausdrücken soll. Dazu eine von der bisherigen durchweg abweichende Terminologie. Denn der Verfasser unterscheidet nicht mehr in der hergebrachten Weise zwischen rechtsbegründenden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Thatsachen; er spricht anstatt dessen von merkmalbejahenden und merkmalverneinenden Behauptungen, von Norm und Mindernorm (Klaggrund), von Gegennorm (Einrede) und Gegen-Gegennorm (Replik). Kurzum, ein in jeder Hinsicht neues und interessantes, für den ersten Anlauf freilich nicht leicht verständliches Buch.

Das Werk zerfällt in zwei Theile. Der erste Theil (S. 1—235) bietet eine sachlich geordnete Zusammenstellung von 254 Urtheilsauszügen über die verschiedensten Fragen des Beweisrechts, soweit solche Urtheile in Seuffert's Archiv, sowie in den Entscheidungen des R.O.H.G.'s und R.G.'s Veröffentlichung gefunden haben. Der zweite Theil (S. 247 bis 372) bringt eine systematische Darstellung der eigenen Beweistheorie des Verfassers. Der Schwerpunkt liegt selbstverständlich in den Ausführungen des zweiten Theils.

Der Prüfstein einer jeden Beweistheorie bildet die Behandlung des qualifizirten Geständnisses. Wen trifft die Beweislast, wenn der aus einem Kaufgeschäfte auf Bezahlung in Anspruch genommene Beklagte einwendet, der Kauf sei unter einer aufschiebenden Bedingung, unter Bewilligung einer Gestundungsfrist geschlossen worden, oder wenn er behauptet, nicht für sich, sondern als Stellvertreter eines Andern gekauft zu haben? Hat der Beklagte die geltend gemachte Beschränkung zu beweisen oder der Kläger den Beweis zu führen, daß er den Kaufvertrag unbedingt, ohne Befristung, daß er ihn mit dem Beklagten für seine Person abgeschlossen habe? Die Ansichten hierüber waren in früheren Jahren bekanntlich sehr getheilt. In der neueren Zeit schien der Meinungskampf wenigstens auf dem Boden der Praxis zu einem gewissen Abschluß gekommen zu sein. In der Rechtsprechung

---

sog. absolut privilegirten Forderungen, die den dann folgenden Realrechten, namentlich Hypotheken- und Grundschulden vorgehen (z. B. öffentliche Lasten, Kosten der Zwangsverwaltung.)

der Gerichte neigt man jetzt wohl fast ausnahmslos dazu, die Vertheidigung des Beklagten als ein Leugnen des Klaggrundes aufzufassen und dementsprechend dem Kläger den Beweis für die Bedingungslosigkeit des Vertragsabschlusses aufzubürden, — eine Auffassung, die bei uns in Sachsen namentlich durch die Autorität Pöschmann's zu allgemeiner Anerkennung gelangt ist. Da ist es nun von Interesse, daß Betzinger nach dem Vorgange Fittings in der Ztschr. f. Civilproz., Bd. 13 S. 55, 56 die Leugnungstheorie verwirft und im Namen der gesunden Logik die Rückkehr zu der älteren, in der Rechtsprechung seit nahezu 25 Jahren überwundnen Einredetheorie befürwortet, „welche ja in ihrer Einfachheit und Durchsichtigkeit sofort das Gepräge der Wahrheit aufweist" (S. 346).

Die Ausführungen Betzinger's haben hier und da Eindruck gemacht; vergl. u. A. Schultzenstein in der Ztschr. f. Civilproz., Bd. 20 S. 193, 196. Uns haben sie nicht überzeugen können. Wir sind im Gegentheil der Meinung, daß die Anhänger der herrschenden Lehre sich mit weit größerem Rechte auf die Logik berufen können als ihre Widersacher.

Betzinger stellt als Grundregel der Beweislast S. 297 den Satz hin:

> Jede Partei hat die ihr vortheilhaften, beweisbedürftigen, prozeßerheblichen Thatbestandsmerkmale zu beweisen, widrigenfalls dieselben unberücksichtigt bleiben.

Die volle Tragweite dieser Formel ist aus ihr selbst nicht leicht zu erkennen; sie enthüllt sich erst, wenn man zusieht, welche Anwendung ihr gegeben wird. Unter „vortheilhaften" Thatbestandsmerkmalen versteht der Verfasser nämlich die Merkmale derjenigen materiellrechtlichen Norm, deren Rechtswirkung den Sachantrag der Partei deckt. Hier wird also auf die objektive Gesetzesnorm als die Quelle der Beweislastregelung verwiesen. Der Kläger braucht nur dasjenige Minimum an thatsächlichen Voraussetzungen zu beweisen, was nach materiellem Recht zur Begründung des von ihm erhobenen Anspruchs unerläßlich ist. Beispiele erläutern:

> Kläger hat dem Beklagten 1000 ℳ Darlehn gewährt, rückzahlbar nach 10 Jahren. Da das Gesetz zum Begriffe des Darlehns nur die Hingabe von Geld und die vertragsmäßige Festsetzung der Rückerstattungpflicht fordert, so hat der Kläger mehr nicht zu beweisen, als daß er dem Beklagten gegen das Versprechen der Zurückzahlung 1000 ℳ hingegeben habe. Daß eine Rückzahlungsfrist verabredet oder vielmehr nicht verabredet worden sei, „gehört ebensowenig zu den Voraussetzungen eines Darlehns- als irgend eines andern Vertrags" (S. 326).

> Die Klage aus Schenkung erheischt nach materiellem Recht nichts weiter als die Darlegung eines Schenkungsversprechens. Der Kläger genügt hiernach seiner Beweispflicht, wenn er nachweist, der Beklagte habe zu ihm gesagt: „Ich schenke Dir 3000 ℳ". Wendet der Beklagte ein, er habe dieser Erklärung hinzugefügt: „Falls ich in der Lotterie das große Loos gewinne", so hat er das zu beweisen.

Oder:

> Die Parteien haben einen Kaufvertrag über 100 Ballen Baumwolle zum Tagespreise mit einander abgeschlossen, in der Weise, daß Beklagter die 100 Ballen zu kaufen erklärt hat, wenn er die Fabrik zu G. in der Zwangsversteigerung zugeschlagen erhalte. Der Kläger braucht in der Klagschrift nur den „Minimalthatbestand" des Kaufes zu behaupten, sich also nur darauf zu beziehen, daß er mit dem Beklagten über den Gegenstand des Kaufs und über den Kaufpreis einig geworden sei. Gesteht der Beklagte dies zu, so muß er verurtheilt werden, wofern ihm nicht der Nachweis gelingt, daß er das Kaufgeschäft von einer Bedingung abhängig gemacht habe. —

Wir können uns mit diesen Ergebnissen nicht befreunden. Sie scheinen uns weder vor den Geboten der Logik noch vor dem gesunden Rechtsgefühle Stand halten zu können.

Der Grundirrthum Betzinger's liegt wohl darin, daß er die Beweislast unmittelbar mit der objektiven Gesetzesnorm verknüpfen zu dürfen glaubt. Es ist ein logisches Unding, a priori und lediglich im Anschluß an die Civilrechtsnormen bestimmen zu wollen,

was zur Durchführung eines Anspruchs vom Kläger zu behaupten und zu beweisen sei. Das wird von Betzinger an andrer Stelle gelegentlich selbst anerkannt (S. 296). Aus dem Gesetz allein kann niemals ein Anspruch abgeleitet werden. Wer einen Anspruch im Prozeßwege geltend macht, muß, wenn er sich auf den Abschluß eines Rechtsgeschäfts stützt, den rechtsgeschäftlichen Thatbestand darlegen, der seiner Klage zu Grunde liegt. Nicht auf das Rechtsgeschäft im Allgemeinen kommt es an, sondern immer nur auf das, was nach der Angabe des Klägers im konkreten Falle zwischen ihm und dem Beklagten verabredet worden sein soll. Entsteht über den Inhalt dieser Verabredung Streit zwischen den Parteien, giebt der Beklagte im Gegensatz zur Klagdarstellung einen Sachhergang an, bei dem der vom Kläger gezogene Schluß auf den Klagantrag nicht mehr gerechtfertigt sein würde, so hat der Kläger zu beweisen, daß sich der Vertragsabschluß so zugetragen habe, wie er ihn behauptet. Er beweist nicht eigentlich die Negative dessen, was der Beklagte vorgebracht hat, sondern nur die Richtigkeit seiner eignen Sachdarstellung, soweit sie von derjenigen des Gegners abweicht, soweit er sie aber aufrecht erhalten muß, um darnach den Klaganspruch als entstanden erscheinen zu lassen.

Es ist nicht richtig, daß der Beklagte, der sich auf die Beifügung einer Suspensivbedingung beruft, damit den Vertragsabschluß im Allgemeinen zugesteht. Ein im Allgemeinen zugestandener Vertrag ist kein prozessual faßbarer Begriff. Man kann nicht zugestehen, einen Kauf abgeschlossen zu haben, vorbehältlich der Frage: welches der Gegenstand des Kaufs, welches der Kaufpreis und welches die sonstigen Kaufsbedingungen gewesen seien. Mit demselben Rechte würde man sagen können, der Vertragsabschluß werde zugestanden, wenn der auf Rückzahlung eines Darlehns von 100 ℳ belangte Beklagte erwidert: er habe die 100 ℳ zwar empfangen, jedoch nicht als Darlehn, sondern als Geschenk. In der Geltendmachung einer noch nicht eingetretenen Suspensivbedingung liegt vielmehr die Verneinung, daß der dem Klaganspruche zu Grunde liegende, vom Kläger als unbedingtes Rechtsgeschäft vorgetragene Kauf zu Stande gekommen sei. Denn der bedingte Vertrag ist ein anderes Geschäft als der unbedingte Wer nur unter einer Suspensivbedingung gekauft haben will, hat eben, solange die Bedingung schwebt, noch nicht festgekauft. Es ist schlechterdings unzulässig, diesen rechtsgeschäftlichen Thatbestand, wie Betzinger will, zu zerreißen und die einheitliche Willenserklärung des Käufers: ich kaufe, wenn ich die Fabrik zu Y. zugeschlagen erhalte, — die, anders ausgedrückt, doch nur besagt: ich will nicht kaufen, es wäre denn, daß ich die Fabrik u. s. w. — in zwei Theile zu zerspalten: in ein Zugeständniß, gekauft zu haben, und in eine selbständige Einrede.

Zudem ist es doch überaus bedenklich, wenn Betzinger dem Anspruch erhebenden Kläger gestatten will, sich auf das mit dem Beklagten abgeschlossene Rechtsgeschäft nur insoweit zu berufen, als es ihm vortheilhaft dünkt. Tritt der Kläger mit der Behauptung vor den Richter, er habe mit dem Beklagten einen Vertrag geschlossen, aus dem dieser gegenwärtig zu leisten habe, während das Geschäft in Wirklichkeit bedingt oder befristet geschlossen war, so sagt er einfach die Unwahrheit. Hiergegen hat neuerdings mit Recht schon Stölzel geeifert (Schulung f. d. civil. Praxis, S. 132, 155): „Wenn das statthaft wäre, und wenn durch eine solche Manipulation der Beklagte sich genöthigt sähe, dem Kläger den Eid über die Unbedingtheit des Geschäfts anzuvertrauen, dann wäre unsere Jurisprudenz wenig werth. Das hieße, der Lüge Thür und Thor öffnen, es hieße, einen Kläger, der wahrheitswidrig aus einem Geschäfte als aus einem unbedingten klagt, damit prämiiren, daß man ihn zum Eide über seine Lüge zuließe".

Wir können nach alledem den Versuch Betzinger's, im Kampfe gegen die unsere Rechtsprechung zur Zeit beherrschende Leugnungstheorie der Einredetheorie zum Siege zu verhelfen, nicht für gelungen halten. Das Wiederauftauchen der letzteren läßt es fast bedauerlich erscheinen, daß die die Beweislast regelnden §§ 193—198 des I. Entwurfs des

Deutschen B.G.B.'s keine Gesetzeskraft erlangt haben. Der § 196 gab der herrschenden, nach unserem Dafürhalten richtigen Anschauung einen durchaus zutreffenden Ausdruck. Bei der zweiten Lesung ist der ganze Abschnitt vom Beweis gestrichen worden, wie jedoch die Protokolle ergeben keineswegs etwa deshalb, weil man die Richtigkeit oder Sachgemäßheit der dort aufgestellten Grundsätze bezweifelt hätte.

Landgerichtsrath Dr. **Paul**, Leipzig.

Der publizistische Reaktionsanspruch und sein Rechtsschutz im Herzogthum Braunschweig, von Dr. Richard Mansfeld, Amtsrichter. Braunschweig 1895. Verlag von Benno Goeritz. 2 ℳ 80 ₰.

Die Schrift beginnt mit einer theoretischen Untersuchung der rechtlichen Natur des dem Individuum zur Abwehr unberechtigter Anforderungen des Staates zur Seite stehenden Anspruchs und sucht das Ergebniß in prüfender Vergleichung mit dem bestehenden Rechtszustande, insbesondere des Herzogthums Braunschweig, zu bewähren und für die Lösung mannigfacher die Literatur und Rechtsprechung beschäftigenden Streitfragen nutzbar zu machen.

Anspruch ist das rechtlich anerkannte aktuelle Begehren. Er entspringt einem Rechtsverhältniß und erstrebt bald die Erfüllung eines Befriedigungsgebots, Aktionsanspruch, bald, insbesondere bei absoluten, sowie auf ein Nichtthun gerichteten obligatorischen Rechtsverhältnissen, die Geltendmachung eines Störungsverbots gegen den Uebertreter, Reaktionsanspruch. Der Staat als Rechtsstaat tritt dem Einzelnen mit einer rechtlich bestimmten Herrschermacht gegenüber, beide verknüpft ein Subjektionsverhältniß, ein Rechtsverhältniß publizistischer Art, welches insbesondere dem Staate die negative Obligation auferlegt, sich ungesetzlicher Anforderungen an den Unterthan zu enthalten. In der Verletzung dieses Verhältnisses durch den Staat, nicht, wie man gewöhnlich meint, im Privateigenthum und andern Privatrechten der Unterthanen wurzelt der publizistische Reaktionsanspruch, dessen rechtliche Besonderheit deshalb auch einer durchaus selbständigen und eigenartigen Begründung bedarf. Die Verletzung insbesondere, die ihn hervorruft, ist stets Gesetzesverletzung und richtet sich, wie erwähnt, nicht gegen ein Privatrecht, sondern gegen ein solches rechtlich geschütztes Interesse, dessen Wahrung nach dem Willen des Staates selbst dem Einzelnen überlassen ist und welches in einem Forderungsrecht des Individuums gegen den Staat, nicht zu handeln, seinen Ausdruck findet. Als öffentlich-rechtlicher Anspruch ist er gleich andern Ansprüchen dieser Art den bürgerlichen Gerichten entzogen und der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterworfen.

Die überaus scharfsinnige und gründliche Arbeit verdient die größte Beachtung und bedeutet selbst gegenüber den hervorragenden Leistungen aus neuerer Zeit unleugbar einen Fortschritt auf ihrem Gebiet. Abschließend ist sie freilich der Natur der Sache nach nicht, insbesondere bedeutet die versuchte Begründung des Reaktionsanspruchs auf eine obligatorische Beziehung zwischen Staat und Unterthan die Hereintragung eines fremdartig genug anmuthenden Elements, und noch bedenklicher (vergl. S. 44) ist die auch wenig ausreichend motivirte Benutzung des so dehnbaren und willkürlichen Begriffs der Interessenverletzung, zumal wenn man mit dem Verfasser dabei auch solchen Interessen Rechnung tragen will, die dem eigentlichen Rechtsgebiet fern liegen.

Landgerichtsdirektor **Fuchs**, Leipzig.

Abhandlungen.

Versuch einer Enquête über das Berufungsverfahren.

von Oberlandesgerichtsrath R. v. Sommerlatt in Dresden.

Einleitung.

Im Herbst 1896 habe ich, um zu erfahren, wie sich das Berufungsverfahren bei den Oberlandesgerichten praktisch gestaltet hat, eine Anzahl Fragen [1]) an sämmtliche deutsche Oberlandesgerichte gesendet. Der nähere Zweck der Umfrage war in dem einer jeden beigefügten Vorworte angegeben, das folgenden Wortlaut hatte:

> Der Zweck der beifolgenden Umfrage ist, Klarheit darüber zu erlangen, wie sich das Berufungsverfahren der Civilprozeßordnung bei den Oberlandesgerichten Deutschlands gestaltet hat.

[1]) I. Wird die zweitinstanzliche Verhandlung regelmäßig durch Schriftsätze vorbereitet oder erfährt das Berufungsgericht die Rechtsmittelbegründung regelmäßig erst durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung?

II. Wird vor der mündlichen Verhandlung regelmäßig ein Referent bestellt?

Werden die Akten vor der mündlichen Verhandlung
a) allen Mitgliedern des Kollegiums
oder
b) nur dem Vorsitzenden und dem Referenten vorgelegt?

III. Findet in den Civilsenaten vor der mündlichen Verhandlung eine nicht öffentliche Vorberathung statt, in der auf Grund des erstinstanzlichen Sachstandes und der etwa eingegangenen zweitinstanzlichen Schriftsätze
a) eine vorläufige Entschließung in der Sache gefaßt
oder
b) das Kollegium nur einstweilen über den Sachstand informirt wird?

Falls Frage III zu bejahen:
Trägt in dieser Vorberathung der für die Sache bestellte Referent oder der Vorsitzende die Sache vor?

IV. Wird in der mündlichen Verhandlung das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen, erstreckt sich der mündliche Vortag insbesondere
a) auf den ganzen Urtheilsthatbestand,
b) auf sämmtliche Beweisprotokolle,
c) auf sämmtliche Schriftstücke und Anlagen,
oder wird von den Rechtsanwälten nur ein kurzes Resumé des Streitgegenstands

Die von Wach betreffs des landgerichtlichen Verfahrens unternommene Enquête, die seiner Zeit mit Beifall begrüßt und erfolgreich durchgeführt worden ist, hat unzweifelhaft eine fruchtbare, für die Praxis förderliche Wirkung gehabt; eben dadurch, daß sie über die Entwicklung des erstinstanzlichen Verfahrens bei der überwiegenden Mehrzahl der deutschen Landgerichte zuverlässige Mittheilungen brachte, hat sie für das von ihr berührte Gebiet des Prozesses

unter Hervorhebung der Punkte, auf die sich der Rechtsmittelangriff richtet, gegeben, so daß das Berufungsgericht dann den gesammten Akteninhalt als vorgetragen oder doch als gerichtskundig ansieht?

V. Pflegt der Vortrag in freier Rede oder durch Ablesen zu erfolgen?
Werden insbesondere
a) das erstinstanzliche Urtheil oder wenigstens der Thatbestand,
b) die Beweisprotokolle,
c) die zweitinstanzlichen Schriftsätze
wörtlich verlesen?

VI. Macht sich die Erhebung von Beweisen häufig erforderlich?

VII. Erfolgt die Beweisaufnahme regelmäßig vor dem Kollegium oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter?

VIII. Wird bei Wechsel im Richterkollegium das gesammte Streitmaterial stets von Neuem vollständig wieder vorgetragen, ev. erfolgt dieser neue Vortrag
a) von den Anwälten,
b) von den Referenten oder Vorsitzenden mit deren Zustimmung?

IX. Werden die Urtheile regelmäßig sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlung verkündet oder erst in einem späteren Termine?
Wenn letzteres der Fall ist:
a) Schließt sich die Berathung des Gerichtshofes regelmäßig an die mündliche Verhandlung an oder erfolgt sie an einem späteren Tage?
b) Werden die Urtheile regelmäßig erst nach ihrer Fertigstellung und Billigung durch das Kollegium oder nur nach Abfassung der Urtheilsformel verkündet?

X. Enthält das Berufungsurtheil regelmäßig einen neuen selbständigen Thatbestand oder wird betreffs des erstinstanzlichen Vorbringens auf den landgerichtlichen Thatbestand verwiesen?

XI. Kommen Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes öfters vor?

XII. Besteht am Oberlandesgericht eine Einrichtung, welche die Erreichung gleichmäßiger Rechtsprechung und Vermeidung widersprechender Entscheidungen der einzelnen Senate bezweckt?
a) ist etwa durch die Praxis oder die Geschäftsordnung eine analoge Anwendung der Vorschrift in § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes eingeführt?
b) oder pflegen die einzelnen Civilsenate, ehe sie in einer Rechtsfrage von der Ansicht eines anderen Civilsenates abweichen, sich mit den andern Senaten in Verbindung zu setzen?
c) oder werden die ausgearbeiteten Urtheile vor der Verkündung dem Oberlandesgerichtspräsidenten zur Durchsicht vorgelegt, so daß dieser, wenn er einen Widerspruch mit der Ansicht eines andern Senates vorfindet, oder wenn er sonst die zu verkündende Entscheidung für bedenklich hält, die Sache dem entscheidenden Senate unter Hervorhebung seiner Bedenken zur nochmaligen Er-

zur Klärung der Ansichten und zur Herbeiführung größerer Gleichmäßigkeit ganz wesentlich beigetragen.

Auf die zweite Instanz ist jene Umfrage absichtlich nicht erstreckt worden (vergl. Busch, Ztschr. f. Civilprozeß, Ergänzungsheft zu Bd. 11 S. 7), es hing dies mit den nächsten Zielen des damaligen Unternehmens zusammen. Wie das von der Civilprozeßordnung angenommene Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Berufungsverfahren, insbesondere vor den Oberlandesgerichten durchgeführt wird, ist bisher nirgends zusammenfassend festgestellt worden; in der Litteratur finden sich nur sehr vereinzelte Mittheilungen über die Handhabung der Civilprozeßordnung durch die Oberlandesgerichte, und auch sie berichten meist nur über die Lösung einzelner, bei den betreffenden Oberlandesgerichten aufgetauchter Prozeßfragen, sind aber weder geeignet, für sich allein ein vollständiges Bild des Verfahrens bei dem betreffenden einen Obergerichte, noch zusammengefaßt ein solches von der Praxis der deutschen Oberlandesgerichte im Allgemeinen zu geben.

Hier ist also offenbar eine Lücke; es ist dringend wünschenswerth, daß sie ausgefüllt, daß ebenso wie damals den Landgerichten, auch jedem Oberlandesgerichte die Möglichkeit gegeben werde, die bei ihm übliche Auslegung der betreffenden Paragraphen der Civilprozeßordnung mit der bei den andern ihm coordinirten Gerichten eingebürgerten Praxis zu vergleichen.

Daß eine derartige Gegenüberstellung der im Einzelnen vielleicht etwas abweichenden Behandlung der §§ 472 flg. der C.P.O. von Nutzen für die Praxis der Oberlandesgerichte im Allgemeinen sein wird, dürfte nicht zu bezweifeln sein; auch hier wird die Kenntniß von anderen Ansichten zur Nachprüfung der eigenen anregen, und so kann auch diese Enquête an ihrem bescheidenen Theile dazu beitragen, die deutsche Rechtseinheit in ihrer praktischen Bethätigung zu fördern.

Die Untersuchung könnte sich aber, wie zu hoffen ist, noch in einer zweiten Richtung für die Gesammtinteressen der Rechtspflege dienlich erweisen, indem sie durch eine möglichst vollständige Darstellung der Praxis der Oberlandesgerichte eine Unterlage bieten würde für die bereits in Angriff genommene Revision der C.P.O., bei der nach dem bisher bekannt Gewordenen eine Verbesserung gerade des Berufungsverfahrens wohl nicht in Aussicht genommen worden ist.

---

wägung zurückgiebt, oder zur genaueren Erörterung der Rechtsfrage die Meinungsäußerungen der übrigen Civilsenate einholt?

XIII. Sind sonst über das Berufungsverfahren nach der C.P.O. irgend welche Erfahrungen
a) in günstiger
b) in ungünstiger Beziehung
gemacht worden?

Nach beiden Richtungen ist freilich ein befriedigender Erfolg nur dann zu erwarten, wenn an der Beantwortung der gestellten Fragen sich möglichst alle Civilsenate der deutschen Oberlandesgerichte betheiligen.

Von einer erheblichen Zahl der Oberlandesgerichte steht dies bereits jetzt in sicherer Aussicht, und bei dem gemeinsamen Interesse, dem die Umfrage dienen soll, dürfte zu hoffen sein, daß keiner der Fragebogen unbeantwortet bleibt.

Die Zulässigkeit einer Privatenquête — im Gegensatz zu einer von den Landesjustizverwaltungen zu veranstaltenden amtlichen Untersuchung — ist nicht zu beanstanden; in dieser Beziehung mag auf die treffende Bemerkung Wach's in dem Vorworte zu seiner Enquête (Busch, Ztschr. f. d. Civilpr., Bd. 10 S. 185) verwiesen werden, daß es sich bei einer Untersuchung der hier in Frage kommenden Art nicht um ziffermäßig festzustellende Thatsachen, sondern um Dinge, die nur beschreibend erfaßt werden können, um die verschiedenen Formen handelt, welche sich in den vom Wortlaut des Gesetzes allenfalls gedeckten Grenzen als Anwendung desselben entwickeln.

Das Ergebniß der Enquête wird in einem der ersten Hefte des Sächsischen Archivs für bürgerliches Recht und Prozeß d. J. 1897 veröffentlicht und durch den Unterzeichneten besprochen werden.

Ein großer Theil der deutschen Oberlandesgerichte hat die gestellten Fragen bereitwilligst beantwortet, wofür den geehrten Herren Einsendern hiermit verbindbindlichster Dank abgestattet wird. Es sind im Ganzen Antworten eingegangen von den Oberlandesgerichten Berlin, Braunschweig, Breslau, Celle, Darmstadt, Dresden, Hamm, Jena, Karlsruhe, Kiel, Colmar, Köln, Königsberg, Marienwerder, Oldenburg, Posen, Rostock, Stettin, Stuttgart[2]). Nur einzelne der gestellten Fragen sind beantwortet worden vom O.L.G. Frankfurt.

Nicht betheiligt haben sich an der Beantwortung die sämmtlichen Kgl. Bayrischen Oberlandesgerichte (weil das Kgl. Bayrische Justizministerium aus Anlaß der bevorstehenden Revision der Civilprozeßordnung in nicht ferner Zeit amtliche Erhebungen in der Berufungsinstanz und dessen Mängel veranlassen will) sowie die Oberlandesgerichte Cassel, Hamburg und Naumburg.

Ist demnach auch zu beklagen, daß das Ergebniß der Untersuchung ein lückenhaftes ist, so wird die Mittheilung der Antworten doch vielleicht trotzdem

[2]) Von den genannten Oberlandesgerichten beziehen sich die Antworten auf sämmtliche erkennende Civilsenate; es fehlt nur eine Antwort des V. Senats des Kammergerichts, sowie des I. Senats des O.L.G.'s Königsberg. Die Antwort ist theils einheitlich Namens sämmtlicher Senate (so von Karlsruhe, Kiel, Colmar, Oldenburg, Stettin und Stuttgart), theils von den einzelnen Senaten selbst ertheilt worden. — Wo im Folgenden ein Ort mit Beifügung einer Zahl angeführt ist, bedeutet dies den betreffenden Senat des einzelnen Oberlandesgerichts, also z. B. Posen III = III. Civilsenat des Königl. Oberlandesgerichts Posen.

nicht ohne Interesse sein. — Um Mißverständnisse auszuschließen, wird besonders hervorgehoben, daß die vorliegende Arbeit keinen amtlichen Charakter hat; die Antworten sind lediglich als private Meinungsäußerungen anzusehen, erheben also keinen Anspruch auf irgend welche offizielle Bedeutung[3]). Es würde nur mit Freude begrüßt werden, wenn die gegenwärtige Privatenquête recht bald durch gründlichere und maßgebendere, von den Landesjustizverwaltungen zu veranstaltende amtliche Untersuchungen ergänzt, berichtigt oder ganz überholt werden würde.

A.

Die Fragen I—III betreffen die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung Seitens der Parteien (I) und des Gerichts (II, III).

Frage I.

Wird die zweitinstanzliche Verhandlung regelmäßig durch Schriftsätze vorbereitet oder erfährt das Berufungsgericht die Rechtsmittelbegründung regelmäßig erst durch Vortrag in der mündlichen Verhandung?

1. wird von der weitaus größten Zahl der Gerichte dahin beantwortet, daß die Verhandlung regelmäßig durch Schriftsätze, die dem Gericht überreicht werden, vorbereitet, und daß nur ausnahmsweise ohne solche verhandelt wird (so Berlin II—IV, VI—XIII, Braunschweig, Breslau, Celle, Hamm, Kiel, Königsberg II, III, Dresden, Karlsruhe, Marienwerder, Posen, Stettin, Stuttgart, Jena, Oldenburg (Sch.-L.)[4]).

Die erwähnten Ausnahmen betreffen nach den Berichten von Berlin VI, VII[5]), VIII[6]), Kiel, Karlsruhe, Dresden III, IV, V einfachere Sachen, sowie solche Prozesse, in denen nur die Rechtsfrage streitig ist[7]); nach dem Bericht von Jena I belaufen sich die Ausnahmen auf $^1/_5$ oder $^1/_6$ der Fälle.

Daß nicht selten Ausnahmen von der Regel vorkommen, konstatirt Berlin XII, Dresden VII, sehr seltene Ausnahmen Breslau III, äußerst seltene Ausnahmen Breslau V, recht seltene Marienwerder II, nur wenige Hamm V. Nach

[3]) Es ist dies in einzelnen Berichten besonders betont; man glaubt aber nicht fehl zu gehen, wenn man auch die übrigen Berichte nicht als amtliche Mittheilungen auffaßt.

[4]) Oldenburg Sch.L. = Oldenburg, Rechtssachen aus Schaumburg-Lippe; Oldenburg O. = Rechtssachen aus dem Herzogthum Oldenburg.

[5]) Berlin VII: die zweitinstanzliche Verhandlung wird durch Schriftsätze vorbereitet, Ausnahmen finden statt, wenn neue Thatsachen nicht anzuführen sind und auch die Sache zu rechtlichen oder thatsächlichen Ausführungen keinen Anlaß bietet. Hiernach fehlen Schriftsätze nur in ganz vereinzelten Fällen.

[6]) hier (Berlin VIII) wird bei einfachen Sachen öfters die Berufung durch Antrag im Verhandlungstermine begründet, wobei etwaige neue Thatsachen und Beweismittel in einer Protokollanlage fixirt werden.

[7]) Dresden I: Kommen nova, so giebts regelmäßig auch Schriftsätze; in seltenen Fällen, wo nova ausbleiben, besonders in Armensachen, unterbleiben meist auch Schriftsätze.

dem Bericht von Rostock II werden Schriftsätze in schwierigen und verwickelten Sachen regelmäßig, sonst nur ausnahmsweise eingereicht.[8])

Aus einzelnen Berichten:

Hamm II.

Die zu verlesenden Anträge, Beschränkungen und Erweiterungen der in erster Instanz erhobenen Ansprüche und neu vorzubringenden Thatsachen und Beweise gelangen in der Regel vor der mündlichen Verhandlung mittelst vorbereitender Schriftsätze zur Kenntniß des Gegners bez. des Gerichts; im Uebrigen erfolgt die Darlegung der Parteirechte meist nur durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung.

Hamm V.

Der größte Theil der hier zugelassenen Anwälte bereitet die mündliche Verhandlung regelmäßig durch Schriftsätze vor. Nur einige wenige Anwälte reichen vor der Verhandlung nicht einmal einen Antrag ein.

Berlin X.

Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze bildet bei Weitem die Regel, selbst wenn zur Begründung des Rechtsmittels nur wenig umfangreiche neue Anführungen gemacht werden.

Dresden III.

Wenn sich die Rechtsmittelbegründung nicht bloß auf rechtliche Ausführungen beschränkt, wird, abgesehen von den Fällen, in denen es sich um unbedeutende Ergänzungen des landgerichtlichen Thatbestandes handelt, regelmäßig die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze, wenigstens von Seiten des Berufungsklägers, vorbereitet.

Jena I.

Zumeist findet die Verhandlung statt, nachdem sie durch allerdings häufig erst sehr kurz vor der Verhandlung eingehende Schriftsätze vorbereitet, nur etwa in einem Fünftel oder Sechstel der Fälle bringt erst der Vortrag in der mündlichen Verhandlung die Rechtsmittelbegründung, die dann zumeist einfacher Natur. Doch kommt es natürlich sehr häufig vor, daß in der mündlichen Verhandlung Behauptungen gebracht werden, die in den zuvor eingereichten Schriftsätzen nicht angekündigt.

Daß im Gegensatze zu der regelmäßig durch Schriftsätze erfolgenden Vorbereitung Seitens des Berufungsklägers der Berufungsbeklagte bisweilen die Beantwortung nur mündlich bewirkt, wird hervorgehoben von Dresden II, III, Königsberg II.

Als selbstverständlich wird hervorgehoben, daß im Verhandlungstermine häufig neue Thatsachen und Beweismittel ohne vorherige Ankündigung durch

---

[8]) Der Bericht von Rostock I und Darmstadt I hebt hervor, daß die Praxis in dieser Beziehung eine ungleichmäßige sei.

Schriftsätze geltend gemacht werden (Berlin IV, Jena I). In einem Dresdener Berichte wird noch bemerkt, daß in der mündlichen Verhandlung, namentlich infolge der Ausübung des richterlichen Fragrechts neue Erklärungen nachgebracht werden, die vom Vorsitzenden und dem Referenten aufgeschrieben zu werden pflegen, so daß die Ordnung und Zusammenstellung dieser zahlreichen Notizen für den Thatbestand schwierig und zeitraubend ist.

Betreffs der Zeit des Einganges der Schriftsätze wird vielfach darüber geklagt, daß sie so spät eingehen, daß der Gegenanwalt sich über die aufgestellten Behauptungen nicht erklären kann, mithin eine Vertagung der Sache nothwendig wird. (Berlin IX, X, Hamm I, Jena II, Karlsruhe, Dresden I, III, IV.)

Einzelne Berichte rügen am Inhalte der Schriftsätze, daß sie zu weitschweifig sind. So heißt es im Stettiner Bericht:

An Schriftsätzen, namentlich solchen, die nur Rechtsausführungen enthalten, wird häufig zu viel geleistet.

Im Bericht von Berlin XI wird die regelmäßige Vorbereitung der Verhandlung „durch meistens sehr umfangreiche, oft weitschweifige, selbst mit Deduktionen versehene Schriftsätze“ hervorgehoben. Auch der Bericht von Karlsruhe betont, daß die Schriftsätze nach der Gepflogenheit einzelner Anwälte, statt eine bloße Skizze des mündlichen Vortrags zu bilden, in ausführlicher Breite Alles enthalten, was in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung vorgebracht werden soll.

Dagegen erwähnt der Bericht von Jena II, daß die Berufungsschriftsätze fast ausnahmslos nur das nach § 479 der C.P.O. Nothwendige[*]) enthalten.

2. Völlig im Gegensatze zu der Regel der Vorbereitung der Verhandlung durch Schriftsätze ist die Praxis von Oldenburg O., sowie der dem französischen Rechtsgebiete angehörenden Oberlandesgerichte Colmar, Cöln und Darmstadt II.

Das O.L.G. Colmar erfährt die Berufungsbegründung regelmäßig erst durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung; in Darmstadt II kommt eine Vorbereitung durch Schriftsätze nur sehr selten vor. Nach den Cölner Berichten erfüllt der Wechsel von Schriftsätzen mehr den Zweck einer gegenseitigen Information der Anwälte, als den der Vorbereitung des Gerichts auf die mündliche Verhandlung. Nach den insoweit übereinstimmenden Berichten der fünf Cölner Civilsenate wird die Verhandlung zwar unter den Anwälten regelmäßig durch Schriftsätze vorbereitet; das Gericht erhält von ihnen jedoch erst in der mündlichen Verhandlung Kenntniß. Hierzu bemerkt der Bericht von Cöln I:

[*]) Der Bericht fährt indessen fort: Die Berufungsanträge und ihre Begründung werden allerdings in der Regel durch weitere Schriftsätze angekündigt; allein die Zustellung dieser Schriftsätze und die Niederlegung von Abschriften derselben auf der Gerichtsschreiberei erfolgt meistens erst in den letzten Tagen vor der mündlichen Verhandlung, häufig sogar erst am Verhandlungstage selbst, so daß der Vorbereitungszweck nur unvollkommen oder gar nicht erreicht wird. In Folge der verspäteten Zustellung macht sich nicht selten Vertagung der Verhandlung nöthig.

eine Minderzahl der Anwälte pflegt die Schriftsätze dem Gegner und dem Berufungsgerichte gleichzeitig zuzustellen,

während es in dem Bericht von Cöln III heißt:

Die zweitinstanzliche Verhandlung wird von den Parteivertretern regelmäßig durch Schriftsätze vorbereitet; das Gericht erfährt die Rechtsmittelbegründung ausnahmslos erst durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung. Von wenigen Ausnahmen abgesehen werden die vorbereitenden Schriftsätze erst in der mündlichen Verhandlung, gemeinhin nach Schluß der Verhandlung dem Vorsitzenden überreicht.

Frage II.

Wird vor der mündlichen Verhandlung regelmäßig ein Referent bestellt?

Werden die Akten vor der mündlichen Verhandlung

a) allen Mitgliedern des Kollegiums

oder

b) nur dem Vorsitzenden und dem Referenten vorgelegt?

Auch hier macht sich die zu I, 1, 2 bereits erwähnte Verschiedenheit geltend. Ein Berichterstatter wird vom Vorsitzenden bestellt in Berlin, Celle, Breslau, Frankfurt, Darmstadt I, Hamm, Dresden, Marienwerder, Posen, Königsberg, Stettin, Jena, Kiel, Karlsruhe, Stuttgart, Braunschweig, Oldenburg, Rostock und bei dem I. Senate des O.L.G.'s Cöln; die Akten werden bei den erwähnten Gerichten — mit Ausnahme von Rostock, wo sie sämmtlichen Mitgliedern des Kollegiums vor der Verhandlung vorgelegt werden — regelmäßig nur dem Vorsitzenden und dem Referenten mitgetheilt; nur ganz ausnahmsweise, bei besonders schwierigen Sachen, erfolgt die Vorlegung an sämmliche Mitglieder (Berlin IV, IX [10]), X, Hamm I, III, V, Jena I, Kiel.

Bei den Preußischen Gerichten scheint es allgemeine Regel zu sein, daß der Berichterstatter vor der mündlichen Verhandlung ein schriftliches Votum abfaßt (so besonders hervorgehoben von Berlin IV [11]), VI, X [12]) XIII, Breslau V,

[10]) Hier wird jedoch hervorgehoben, daß in der Regel dazu die Zeit nicht reicht.

[11]) Hier wird bemerkt: In allen Sachen wird längere Zeit vor dem Termin ein Referent bestellt; dieser verfaßt ein schriftliches Votum. Außer ihm sieht nur der Vorsitzende die Akten durch. Dieses Verfahren hat zwar den Nachtheil, daß bei den vielen, durch die Anwälte veranlaßten Vertagungen die Durchsicht der Akten wiederholt werden muß und manche Arbeit vergeblich ist. Doch scheint die Vorbereitung durch Einsicht der Akten für die Leitung der Verhandlung und für die spätere Berathung von zu großem Nutzen, als daß man sie aufgeben möchte.

[12]) Vor der mündlichen Verhandlung wird ein Berichterstatter bestellt. Mit der gutachtlichen Aeußerung desselben werden die Akten dem Vorsitzenden etwa eine Woche vor dem Termine vorgelegt. Eine Vorlegung an die übrigen Mitglieder des Kollegiums findet dagegen nur in äußerst seltenenen besonderen Ausnahmefällen statt. Sie ist vorgekommen, wenn dem Vorsitzenden in Betreff einer schwierigen selten behandelten Rechtsmaterie eine vorgängige Information der Gerichtsmitglieder wünschenswerth erschien, oder wenn in verschiedenen,

Königsberg III); ebenso erfolgt die Abfassung eines schriftlichen Votums in Jena[13]), Oldenburg[14]) und Karlsruhe[15]). Die Ausarbeitung eines schriftlichen Votums unterbleibt beim O.L.G. Dresden.

Ueber die Zeit, zu welcher der Referent bestellt wird, sprechen sich einzelne Berichte dahin aus, daß die Bestellung gleich nach Eingang der Akten (Hamm I), alsbald nach Ansetzung des ersten Termins (Hamm IV), oder längere Zeit vor dem Termine (Berlin IV) erfolgt. Bei dem O.L.G. Karlsruhe geschieht sie in zwei Senaten erst nach Eingang der landgerichtlichen Akten, um bei der Verschiedenheit der Berufungen nach Umfang und Schwierigkeit eine ungleiche Belastung der einzelnen Senatsmitglieder möglichst zu vermeiden; im dritten Senate des O.L.G.'s Karlsruhe erfolgt die Bestellung sogleich beim Einlauf der Berufung im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung des äußeren Geschäftsganges und weil eine gleichmäßige Vertheilung der Arbeit, soweit sie überhaupt erreichbar ist, erfahrungsgemäß im Laufe des Geschäftsjahrs sich von selbst ergiebt.

Dagegen unterbleibt die Bestellung eines Referenten bei dem Oberlandesgericht Colmar — bei welchem die Akten vor der mündlichen Verhandlung keinem Mitgliede des Kollegiums vorgelegt werden — sowie bei dem 2., 3., 4. und 5. Senate des O.L.G.'s Cöln und bei dem 2. Senate des O.L.G.'s Darmstadt. Hier werden die Akten vor der mündlichen Verhandlung nur dem Vorsitzenden vorgelegt (Cöln III[16], V). Die Vorlegung erfolgt vor der Verhandlung nur an

---

wesentlich gleichartigen Berufungssachen die nämlichen Fragen zur Entscheidung kommen mußten. (Berlin X.)

[13]) § 11 der Geschäftsordnung des gemeinschaftlichen Thüringischen Oberlandesgerichts lautet:

Bei Berufungsverhandlungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kann der Vorsitzende des Senats zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung einen Berichterstatter ernennen. Der Berichterstatter, welchem die von der Gerichtsschreiberei eingezogenen Prozeßakten sowie die bei denselben eingegangenen vorbereitenden Schriftsätze alsbald nach Eingang vorzulegen sind, hat eine schriftliche vorbereitende Aeußerung zur Sache spätestens 8 Tage vor dem Termine dem Vorsitzenden mit den Akten zuzustellen.

[14]) Oldenburg: Es wird stets ein Referent bestellt, welcher kurze Zeit vor dem Verhandlungstermine die Akten an den Vorsitzenden thunlichst mit seinem schriftlichen Gutachten vorlegt. Bei den übrigen Mitgliedern circuliren die Akten nur, wenn eine Rückerinnerung an Verhandlungen in einem oder mehreren früheren Terminen es wünschenswerth erscheinen läßt. Es wird dies dann bei Beginn einer neuen Verhandlung der Parteien mitgetheilt.

[15]) Karlsruhe. Es wird in allen Fällen ein Berichterstatter aufgestellt. Derselbe fertigt eine kurze Uebersicht über den gesammten Akteninhalt, fügt seine vorläufige Ansicht über die rechtliche Beurtheilung des Falles unter Anführung der einschlagenden Literatur bei und übergiebt diese Vorarbeit einige Tage vor dem Termine dem Vorsitzenden. Andere Gerichtsmitglieder erhalten vor der mündlichen Verhandlung keine offizielle Kenntniß von dem Akteninhalte.

[16]) Cöln III bemerkt, daß die Akten nur dem Vorsitzenden auf dessen Erfordern vorgelegt werden.

den Vorsitzenden (Darmstadt II), die Richter erhalten erst durch die öffentliche mündliche Verhandlung Kenntniß von der Sache und erst nach Beendigung derselben erfolgt die Zutheilung der Sachen an die einzelnen Richter (Cöln II). In dem Bericht des IV. Senats des O.L.G.'s Cöln ist bemerkt:

„Die Bestellung eines Referenten wird nicht für angemessen erachtet, um die Aufmerksamkeit aller Mitglieder des Kollegiums auf den Gang der Verhandlungen zu sichern, war auch im früheren Rhein. Prozeßverfahren nicht üblich. Mittheilung der Akten an sämmtliche Mitglieder findet nicht statt. Der Vorsitzende handelt nach eigenem Ermessen."

Frage III.

Findet in den Civilsenaten vor der mündlichen Verhandlung eine nicht öffentliche Vorberathung statt, in der auf Grund des erstinstanzlichen Sachstandes und der etwa eingegangenen zweitinstanzlichen Schriftsätze

a) eine vorläufige Entschließung in der Sache gefaßt oder

b) das Kollegium nur einstweilen über den Sachstand informirt wird?

Falls Frage III zu bejahen:

Trägt in dieser Vorberathung der für die Sache bestellte Referent oder der Vorsitzende die Sache vor?

Eine derartige Einrichtung existirt nur bei dem O.L.G. Dresden. Hier findet vor der mündlichen Verhandlung eine nicht öffentliche Vorberathung statt, die grundsätzlich nur den Zweck hat, daß das Kollegium einstweilen über den Sachstand informirt wird. Dies schließt nicht aus, daß der Senat sich in einfachen Sachen bei Gelegenheit der Vorbesprechung für den Fall, daß der Sachstand unverändert bleibt, über den Erfolg der Berufung oder über einzelne Streitfragen schlüssig macht. Den Vortrag in der Vorberathung erstattet der Referent, im IV. Senate der Vorsitzende.

Alle anderen Gerichte haben die Frage verneint. Nur nach dem Bericht des I. Senats des O.L.G.'s Celle kommt es mitunter vor, daß in besonders geeigneten Fällen, um das Verständniß der zu erwartenden Parteivorträge zu erleichtern, der Referent vor der Verhandlung von der Sachlage im Berathungszimmer kurzen Bericht erstattet. Der Bericht des II. Senats des O.L.G.'s Celle bemerkt bei Verneinung der Frage, eine Vorberathung vor der mündlichen Verhandlung finde nur alsdann statt, wenn der Vorsitzende oder der Referent die Beschränkung der mündlichen Verhandlung auf einzelne Streitpunkte für angemessen erachte. Nicht ausgeschlossen ist es, daß bei unfreiwilligen Pausen während der Sitzung einzelne Sachen vor der Verhandlung besprochen werden (Berlin IV), oder daß vor Beginn der mündlichen Verhandlung gesprächsweise darauf hingewiesen wird, daß diese oder jene interessante Rechtsfrage das Kollegium beschäftigen

werde (Jena I), ferner daß der Vorsitzende mit dem Referenten eine Vorbesprechung hält zur Beseitigung etwaiger Zweifel über die rechtliche Beurtheilung der Sache oder zur Verständigung über die Direktive der Verhandlung, insbesondere die Ermittelung für erheblich erachteter, bisher noch nicht festgestellter Punkte u. dergl. (Karlsruhe); nach dem Berichte des I. Senats des O.L.G.'s Jena findet es der Vorsitzende bisweilen für angezeigt, bei Beginn der öffentlichen Verhandlung nach Verlesung der Anträge mit einigen Worten den Kernpunkt des Streites anzudeuten, um die Aufmerksamkeit des Kollegiums von Anfang an auf das Wesentliche zu lenken, was zur Folge gehabt hat, daß auch zumeist nun die Anwälte ihren Vortrag mit einer solchen kurzen Hinweisung auf das Wesentliche einleiten. — Sonst erwähnt nur noch der Bericht des I. Senats des O.L.G.'s Hamm, es sei im Jahre 1896 ein einziges Mal bei einer in thatsächlicher Beziehung besonders schwierigen Bergwerkssache das Kollegium vor der mündlichen Verhandlung zusammengetreten, und es habe der Referent an der Hand von Modellen, die von den Parteien dem Gerichte eingesendet worden, die Richter über die thatsächliche Lage des Rechtsstreites informirt.

B.

Die Fragen IV, V und IX beziehen sich auf die mündliche Verhandlung selbst, ihren Umfang (IV), die äußere Gestaltung der Vorträge (V) und die Erneuerung der Verhandlung (VIII.)

Frage IV.

Wird in der mündlichen Verhandlung das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen, erstreckt sich der mündliche Vortrag insbesondere

a) auf den ganzen Urtheilsthatbestand,

b) auf sämmtliche Beweisprotokolle,

c) auf sämmtliche Schriftstücke und Anlagen,

oder wird von den Rechtsanwälten nur ein kurzes Resumé des Streitgegenstandes unter Hervorhebung der Punkte, auf die sich der Rechtsmittelangriff richtet, gegeben, so daß das Berufungsgericht dann den gesammten Akteninhalt als vorgetragen oder doch als gerichtskundig ansieht?

Nach der insoweit mit einander übereinstimmenden Praxis sämmtlicher Gerichte bezieht sich der Vortrag grundsätzlich auf das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß, soweit es für die zweitinstanzliche Entscheidung von Bedeutung ist, also auf alle in der Frage unter a—c hervorgehobenen Punkte (Berlin, Braunschweig, Breslau, Celle, Darmstadt, Dresden, Hamm, Jena, Karlsruhe, Königsberg, Marienwerder, Posen, Rostock, Cöln, Stettin, Stuttgart, Oldenburg). Beispielsweise seien folgende Antworten erwähnt:

Berlin III.

Prinzipiell wird das ganze Streitverhältniß, soweit es für die zweitinstanzliche Entscheidung noch von Bedeutung ist, vorgetragen.

Berlin VII.

Es wird das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen.

Berlin VIII.

In der Regel wird das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen. Insbesondere erstreckt sich der Vortrag auf den ganzen Urtheilsthatbestand und auf die sämmtlichen Beweisprotokolle, auf die Schriftstücke und Anlagen nur insoweit, als dieselben für die Entscheidung erheblich erscheinen.

Berlin IX.

Das gesammte Streitverhältniß mit allen Beweisprotokollen, Schriftstücken und Anlagen wird vorgetragen, soweit der Vortrag erforderlich zur Begründung der Berufung oder des Antrages auf Zurückweisung der Berufung.

Berlin XIII.

In der mündlichen Verhandlung wird das erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen. Insbesondere wird der Inhalt des ganzen Urtheilsthatbestandes und der Gründe mitgetheilt und werden sämmtliche Beweisprotokolle, deren Inhalt noch erheblich ist, sowie Theile von Urkunden, die von Bedeutung für die Entscheidung sein können, verlesen.

Breslau III.

Der Vortrag erstreckt sich auf alle Grundlagen der Entscheidung.

Breslau V.

Ja, soweit es für den Gegenstand der Berufung Interesse hat. Das Material, welches der Entscheidung zu unterbreiten ist, wird aber vollständig vorgetragen.

Celle II.

Regelmäßig wird in der mündlichen Verhandlung, wenn nicht eine Beschränkung auf einzelne Streitpunkte beschlossen wird, das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß nach Anleitung des erstinstanzlichen Thatbestandes unter Verlesung der sämmtlichen Beweisprotokolle und der erheblichen Schriftstücke vorgetragen.

Celle III.

Es wird das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vorgetragen, namentlich erstreckt sich dieser Vortrag auf den gesammten Urtheilsthatbestand und die sämmtlichen Beweisprotokolle, falls nicht nach Maßgabe der gestellten Rechtsmittelangriffe einzelnes aus diesen Schriftstücken ausscheidet. Die im Thatbestande angezogenen Schriftstücke nebst Anlagen gelangen in einer dem Vorstehenden entsprechenden Weise gleichfalls zum Vortrag. Im Uebrigen erstreckt sich der Letztere auf den Inhalt der Akten nur soweit, als die Anwälte es für dienlich erachten, oder das Gericht darauf hinweist.

Oldenburg.

Vollständig, soweit es für die 2. Instanz in Betracht kommt. In geeigneten Fällen wird die Beschränkung vorher mit den Anwälten besprochen.

Darmstadt I.

In der mündlichen Verhandlung wird das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vorgetragen, insbesondere auch der ganze Urtheilsthatbestand, soweit solcher nicht mit den übrigen verlesenen Schriftstücken zusammenfällt, sämmtliche Beweisprotokolle, sämmtliche für die Beurtheilung der Sache überhaupt relevanten Schriftstücke und Anlagen.

Darmstadt II.

Das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß wird nur insoweit vollständig vorgetragen, als es Gegenstand des Berufungsangriffs ist oder mit demselben zusammenfällt und erstreckt sich insoweit auf den Urtheilsthatbestand, auf sämmtliche Beweisprotokolle über Augenscheinseinnahme, Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen und auf sämmtliche Beweisurkunden. Andere Theile der Gerichtsakten kommen nur ausnahmsweise, wenn auf deren Inhalt Bezug genommen wird, zur Verlesung.

Hamm I.

Das gesammte Sach- und Streitverhältniß wird, soweit nicht einzelne Punkte aus der Berufungsinstanz ausgeschieden sind, seitens der Anwälte mündlich vorgetragen. Die Vorträge pflegen sich an den Thatbestand des ersten Urtheils anzuschließen. Die Beweisverhandlungen und Schriftstücke werden, sofern sie sich auf den noch streitigen Prozeßstoff beziehen, vollständig vorgetragen. Ist der Vortrag unvollständig oder mangelhaft, so wird auf eine Ergänzung hingewirkt unter entsprechender Ausübung des Fragrechts.

Hamm IV.

Es wird darauf gehalten und für nothwendig erachtet, daß die Prozeßbevollmächtigten das erstinstanzliche Streitverhältniß nebst dem Inhalte der zu a, b, c bezeichneten Schriftstücke so vollständig vortragen, als es erforderlich ist, um jedes Mitglied des Kollegiums über die Sachlage zu unterrichten und zur selbständigen Entscheidung in Stand zu setzen. Es wird also die zweite Frage verneint, dabei aber als selbstverständlich angenommen, daß, wenn die Berufungsanträge nur einen Theil des erstinstanzlichen Thatbestandes betreffen, aus dem Vortrag alles das ausscheidet, was durch diese Anträge nicht berührt wird.

Jena I.

Niemals, außer wenn es sich um von Amtswegen zu prüfende Punkte handelt, wird der Akteninhalt, insoweit er nicht vorgetragen, als vorgetragen angesehen oder als gerichtskundig behandelt. Das erstinstanzliche Material wird — soweit es nach Maßgabe der Berufungsanträge erforderlich — immer vorgetragen, d. h. seinem wesentlichen Inhalte nach mitgetheilt. Doch ist das selbstverständlich cum grano salis zu verstehen. Wird z. B. mit der Klage

Herausgabe eines aus vielen einzelnen Gegenständen bestehenden Mobiliars gefordert, so wird regelmäßig gar kein Bedenken getragen, sich mit der Konstatirung der Parteien zu begnügen, daß sich der Streit um die in der Klage einzeln aufgeführten Mobiliengegenstände drehe. Ueberhaupt läßt sich hier eine allgemeine Regel gar nicht aufstellen. Manchmal genügt ein ganz kurzes Resumé der Anwälte, und zwar ohne daß der Gerichtshof es nöthig hat, nicht Vorgetragenes als vorgetragen anzusehen; in anderen Fällen wieder zeigt es sich unerläßlich, den gesammten erstinstanzlichen Thatbestand nebst den in demselben in Bezug genommenen Schriftstücken und Protokollen mittheilen zu lassen.

Karlsruhe.

In der mündlichen Verhandlung wird von den Anwälten das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen, Urtheilsthatbestand, Beweisprotokolle, Schriftstücke, insbesondere Korrespondenzen u. dergl. Doch hängt die größere oder geringere Ausführlichkeit dieses Vortrages theils von der Beschaffenheit des Falles überhaupt, theils von dem Umfange des Rechtsmittelangriffes ab. Dabei verfallen übrigens einzelne Anwälte zuweilen in den Fehler, daß sie aus dem erstinstanzlichen Urtheile bei Darstellung des Streitverhältnisses bereits Vorgetragenes bei Begründung der Berufung wiederholen, anstatt den in Betracht kommenden Inhalt des angefochtenen Urtheils erst bei dem letzteren Anlasse hervorzuheben. Ein bloßes Resumé des Streitgegenstandes mit der Maßgabe, daß das Gericht den gesammten Akteninhalt als vorgetragen ansieht, kann als Vortrag der Anwälte um so weniger genügen, als nach der Antwort zu Frage II der Akteninhalt nur zwei Mitgliedern des Senates bekannt ist.

Kiel.

Soweit die Parteianträge es erfordern, wird das erstinstanzliche Streitverhältniß vollständig vorgetragen. Dies erstreckt sich auf den Thatbestand, die Beweisprotokolle und die Schriftstücke und Anlagen, soweit diese nicht im Thatbestand ausreichend enthalten sind. Das Berufungsgericht sieht nicht Vorgetragenes nicht als gerichtskundig an.

Königsberg III.

Es wird in der Regel in der mündlichen Verhandlung das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß nach Maßgabe des erstinstanzlichen Urtheilsthatbestandes — unter Ergänzung der in demselben etwa übergangenen, den Sachwaltern wesentlich erscheinenden, schon erstinstanzlich (nach Lage der Akten) vorgebrachten Thatsachen — insoweit dies für die zweitinstanzlichen noch zur Entscheidung stehenden Ansprüche erheblich erscheint, vorgetragen. Der Vortrag erstreckt sich dann insbesondere — außer wie bemerkt auf den Thatbestand — auch auf die Beweisprotokolle, insoweit dieselben einem der Sachwalter oder dem Vorsitzenden oder dem Referenten erheblich erscheinen sowie ferner auf Urkunden und Anlagen. (Ein solcher umfassender Vortrag wird bei fortgesetzter mündlicher Verhandlung in der Regel nicht wiederholt.)

Marienwerder I.

Das erstinstanzliche Streitverhältniß wird in vollem Umfange vorgetragen, nachdem in weitläufigen bez. verwickelten Streitsachen zuvor zur besseren Orientirung der Mitglieder des Gerichts vom Anwalt des Berufungsklägers oder vom Vorsitzenden ein kurzes Resumé des Streitgegenstandes gegeben worden ist.

Posen I.

Es wird vollständig vorgetragen unter Ausschluß des in der Berufungsinstanz nicht mehr streitigen Sachverhalts.

Marienwerder II.

Der Vortrag erfolgt vollständig in den durch §§ 487, 488 der C.P.O. gezogenen Grenzen mit Einschluß des Akteninhalts zu a, b, c. Was nicht vorgetragen ist, wird auch nicht als vorgetragen oder als gerichtskundig angesehen.

Posen III.

In der mündlichen Verhandlung wird das erstinstanzliche Streitverhältniß, soweit die darauf gestützten Ansprüche und Einreden in zweiter Instanz noch zur Entscheidung stehen, vollständig vorgetragen.

Cöln III.

In der mündlichen Verhandlung wird regelmäßig der gesammte, für die Berufungsanträge erhebliche Streitstoff ausführlich vorgetragen; auf Schriftstücke als Ersatz für den mündlichen Vortrag wird nur dann Bezug genommen, wenn sich der Streitstoff durch mündlichen Vortrag nicht zum Verständniß bringen läßt.

Cöln V.

Der mündliche Vortrag erstreckt sich auf den ganzen Urtheilsthatbestand, auf sämmtliche Beweisprotokolle und auf sämmtliche Schriftstücke und Anlagen.

Dresden VII.

In der Regel wird der gesammte erstinstanzliche Streitstoff in der aus a—c ersichtlichen Weise vorgetragen; doch kommen Ausnahmen insbesondere in der Richtung vor, daß nebensächliche Theile des Thatbestandes, minderwichtige Zeugenaussagen u. dergl. in nuce wiedergegeben werden. Der Vortrag von Urkunden pflegt in der Weise zu geschehen, daß der Inhalt des Dokuments kurz skizzirt und im übrigen auf das Schriftstück verwiesen wird.

Dresden III.

Im Allgemeinen ist die erstere Frage, bis mit c, zu bejahen, soweit nicht bei einer Mehrheit von Ansprüchen, von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln die Berufung auf einzelne derselben beschränkt wird.

Stettin.

Es wird von den Anwälten so vollständig vorgetragen, daß eine Ergänzung aus den Akten nicht entnommen wird. Insoweit erforderlich, werden die Anwälte veranlaßt, den Vortrag zu ergänzen.

Eine grundsätzliche Abweichung von dieser Praxis ist wohl auch nicht in

den Berichten des O.L.G.'s Colmar und des 5. Civilsenats des O.L.G.'s Hamm enthalten, von denen der erstere lautet:

> Bei der mündlichen Verhandlung werden das erstinstanzliche Streitverhältniß, das angefochtene Urtheil, sowie die diesem vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen, Beweisprotokollen, Schriftstücken und Anlagen nur insoweit vorgetragen, als dies zum Verständniß der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist — insoweit aber regelmäßig auch vollständig. Doch wird, wenn es die Lage der Sache erlaubt, zuweilen auch ein Theil der Beweisprotokolle, Schriftstücke und Anlagen nur ihrem wesentlichen Inhalte nach vorgetragen.

Der letztere hat folgenden Wortlaut:

> Der Vortrag erfolgt meist vollständig unter steter Kontrole seitens des Vorsitzenden; der Urtheilsthatbestand wird nicht vollständig vorgetragen; ebensowenig erfolgt Verlesung sämmtlicher Schriftstücke oder Anlagen. Falls es erforderlich, werden die Beweisaufnahmeprotokolle verlesen.

Als Modifikationen des Grundsatzes, daß der gesammte Streitstoff vorzutragen sei, haben sich folgende ergeben:

1) Wie schon in den eben angezogenen Berichten von Cöln (III), Colmar, Hamm (V) und Dresden (VII) hervorgehoben ist, pflegt es mit dem wörtlichen Vortrag von Urkunden nicht so streng genommen zu werden. So wird weiter aus Celle (I) berichtet, daß nicht sämmtliche Schriftstücke und Anlagen vorgetragen werden, daß man sich betreffs derselben vielmehr mit einem Referate der Parteien begnügt, soweit nicht gerade der entscheidende Wortlaut in Frage kommt. Der oben mitgetheilte Bericht des II. Senats des O.L.G.'s Celle erwähnt noch, daß auf übereinstimmenden Antrag der Rechtsanwälte Schriftstücke und Anlagen als verlesen angenommen werden, soweit nicht der Wortlaut erheblich erscheint. Vom O.L.G. Darmstadt (II) wird nur bei sehr umfangreichen Schriftstücken der Inhalt als vorgetragen angesehen. Am O.L.G. Kiel wird, als Ausnahme von dem oben hervorgehobenen Grundsatze, von Rechnungen und dergleichen Schriftstücken nur der Inhalt vorgetragen, die zur Urtheilsfällung erforderliche Nachprüfung aber auf Grund der Akten vorgenommen. So auch Hamm II: das ganze wesentliche Material wird vorgetragen; in Nebendingen, bezüglich Rechnungen u. dergl. Schriftstücke genügt eine Bezugnahme auf die Akten und gilt dann insoweit der Inhalt dieser als vorgetragen. Schriftstücke, Korrespondenzen insbesondere werden vom O.L.G. Königsberg (III) öfters in Form eines Resumés behandelt; ebenso erfordert der zweite Senat des O.L.G.'s Königsberg die Verlesung von Urkunden nur, falls der Wortlaut streitig oder von besonderer Bedeutung ist; andernfalls begnügt man sich bei derartigen Schriftstücken, auch bei Rechnungen u. dergl. mit kurzer Angabe des Inhalts oder bloßer Bezugnahme. Auch sonst wird der Vortrag der Schriftstücke auf ihren wesentlichen Inhalt beschränkt, trotzdem aber ihr

gesammter Inhalt als vorgetragen angenommen (so Dresden I, II, III, IV, Berlin IX wegen der Korrespondenzen, Berlin X[17]), Berlin XIII, IV, Cöln I[18]).

2) Der Vortrag der Beweisprotokolle pflegt vielfach dadurch abgekürzt zu werden, daß weitläufige Gutachten nicht vollständig verlesen, sondern daß das Ergebniß nur in einem kurzen Resumé mitgetheilt wird, sowie daß man sich bei Zeugen, die nichts zu bekunden vermocht haben, nur auf die Konstatirung dieser Thatsache beschränkt. (So Berlin IV, IX, Königsberg II,[19]) III, Dresden IV).

Besonders beachtenswerth ist der Bericht des Vorsitzenden des 6. Senats des Kammergerichts Berlin über den Vortrag der Beweisergebnisse:

> Bei mündlichen Verhandlungen, die nach umfangreichen, durch ersuchten oder beauftragten Richter bewirkten Beweisaufnahmen stattfinden, zeigt sich nicht selten, daß das Streitmaterial durch den Referenten gründlicher durchgearbeitet ist, als Seitens der Parteivertreter. In solchen Fällen geschieht es wohl, daß der Referent ohne Widerspruch der letzteren den Vortrag an sich zieht — ein Verfahren, welches nicht nur zur Abkürzung der mündlichen Verhandlung führt, sondern auch bewirkt, daß die Ergebnisse der Beweisverhandlungen in gehöriger Ordnung und darum übersichtlicher den Senatsmitgliedern vorgeführt werden, als durch das meistens in chronologischer Folge stattfindende Ablesen der Beweisprotokolle seitens der Parteivertreter. Nach meinen, in der Provinz Hannover gesammelten Erfahrungen habe ich keinen Zweifel, daß die Vorschrift der Hannover'schen Prozeßordnung[20]), nach welcher das Ergebniß der Beweisverhandlungen durch einen Richter vorzutragen war, dem § 258 Abs. 2 der C.P.O. vorzuziehen ist.

Auch vom 13. Civilsenate des Kammergerichts wird berichtet, daß in einem

[17]) Berlin X. „Selbstverständlich wird es zugelassen, wenn der vortragende Sachwalter resumirt, daß von einer umfangreichen, inhaltlich wiedergegebenen Urkunde nur bestimmte wörtlich vorgetragene Abschnitte für den Rechtsstreit in Betracht kommen" (vorbehältlich des Rechts des Vorsitzenden oder Berichterstatters, falls dies angezeigt erscheint, die Vorlesung noch auf andere Abschnitte auszudehnen.)

[18]) Cöln I: Nur in Betreff von längeren Rechnungen und ähnlichen Schriftstücken, die sich für einen mündlichen Vortrag durchaus nicht eignen, wird wohl auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

[19]) Königsberg II: bei der ersten mündlichen Verhandlung ist der Vortrag in der Regel ein vollständiger, von der Verlesung der Beweisprotokolle wird nur Abstand genommen, insoweit die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme einig sind.

[20]) vergl. § 286 der Hann. P.O. — Die Motive zu § 258 der C.P.O. sagen freilich: Der Vortrag durch einen Berichterstatter verfehlt seinen Zweck, weil er das Gericht und die Parteien, zumal bei verwickelten Sachen, ermüdet, die Aufmerksamkeit schwächt und wegen seiner Subjektivität die richtige Auffassung und Beurtheilung der Beweisverhandlungen gefährdet —, eine Ansicht, der nach der obigen Mittheilung kaum zugestimmt werden kann. Auch in der neuen österreich. C.P.O. (§ 287) ist „das Ergebniß einer nicht vor dem erkennenden Gericht erfolgten Beweisaufnahme" — nicht durch die Parteien, sondern — „durch den Vorsitzenden bei der mündlichen Verhandlung zu geeigneter Zeit darzulegen."

Falle, in dem die Zahl der Beweisprotokolle eine sehr große gewesen ist, der Referent eine gedrängte Darstellung des geordneten Inhalts derselben verlesen hat; sonstige Abweichungen von dem regelmäßigen Gange des Berufungsverfahrens finden hier jedoch nur selten statt.

3) Eine Beschränkung des mündlichen Vortrages findet bei verschiedenen Gerichten dann statt, wenn die Anordnung einer Beweisaufnahme anzunehmen ist (Berlin II, IV, VIII, XI, Jena II, Königsberg II). Es geschieht dies theils nach dem Ermessen des Vorsitzenden (Berlin II), theils, wenn die Anwälte mit dem Vorsitzenden und dem Referenten der Ansicht sind, daß Beweis zu erheben ist (Berlin IV[21]), Jena II) oder wenigstens keine Partei widerspricht (Berlin VIII); die Beschränkung wird auch weniger förmlich beschlossen, als den Parteien anheimgestellt (Berlin II, XI); in solchen Ausnahmefällen, zu denen der Bericht von Königsberg II auch solche rechnet, in denen über die zu ergehende Entscheidung keinerseits ein Bedenken obwaltet, beschränkt sich dann die mündliche Verhandlung auf eine kurze Darlegung des Sachverhältnisses durch die Anwälte, den Vorsitzenden oder den Berichterstatter (vergl. außer Königsberg II, Jena II). Besonders wird hierbei in einzelnen Berichten erwähnt, daß die Verhandlung behufs vollständigeren Vortrages wieder eröffnet wird, wenn bei der späteren Berathung die Sache sich als spruchreif darstellt (Berlin II, Jena II)[22]).

[21]) Berlin IV: Im Allgemeinen wird das Sachverhältniß — durchweg gemäß dem erstinstanzlichen Thatbestand — mit Einschluß der Zeugen- und Sachverständigen-Aussagen sowie des Inhalts der zum Beweise vorgelegten Urkunden vollständig vorgetragen. Bei weitläufigen Gutachten und Urkunden beschränkt man sich jedoch in der Regel auf ein Resumé, ebenso geschieht das bei wiederholter Verhandlung öfters in Ansehung des Sachverhältnisses überhaupt. Ein abgekürzter Vortrag findet auch dann noch statt, wenn die Anwälte mit dem Vorsitzenden und Referenten der Ansicht sind, daß Beweis zu erheben ist.

[22]) Berlin VIII. Ein kürzerer Vortrag findet meist nur statt — —, wenn der Vorsitzende und der Referent übereinstimmend eine Beweisaufnahme für erforderlich erachten. In solchen Fällen pflegt auf Anregung des Vorsitzenden der Vortrag, falls keiner der Sachwalter widerspricht, auf das zum Verständniß der Sachlage Erforderliche beschränkt zu werden.

Jena II. Regelmäßig wird in der mündlichen Verhandlung (zur Hauptsache) das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß vorgetragen, insbesondere erstreckt sich der mündliche Vortrag — sofern ihm nicht im Einzelfalle nach § 488 Abs. 1 a. E. der C.P.O. engere Grenzen zu ziehen sind — auf den ganzen Urtheilsthatbestand, auf sämmtliche Beweisprotokolle und auf sämmtliche Schriftstücke und Anlagen. Nur ausnahmsweise, namentlich wenn bei Beginn der Verhandlung auf Anregung von der einen oder andern Seite die Anwälte, der Vorsitzende und der Berichterstatter Einverständniß darüber bekunden, daß voraussichtlich Beweisaufnahme bez. weitere Beweisaufnahme zu beschließen sein werde, begnügt man sich zunächst mit einem von den Anwälten oder nach Befinden mit deren Zustimmung von dem Vorsitzenden oder dem Berichterstatter zu gebenden kurzen Ueberblick über den Sach- und Streitstand, soweit er für die in Aussicht genommene Beweisanordnung 2c. in Betracht kommt. Ergiebt sich freilich bei der dann folgenden Berathung eine Stimmenmehrheit dafür, daß ohne Beweisaufnahme, bez. ohne weitere Beweisaufnahme zu entscheiden sei, so

4) Eine Abkürzung des Vortrags erfolgt auch dadurch, daß bei sehr verwickelten Sachen nur die springenden Punkte erwähnt werden (Berlin VI[23]), oder in dem — seltenen — Falle, wenn nur ein einzelner Punkt des ersten Urtheils angegriffen wird (Berlin VIII). Nach dem Berichte von Dresden I sorgt bei beschränktem Rechtsmittel der Vorsitzende für Ausscheidung des Entbehrlichen.

In einigen der oben erwähnten Berichte (Hamm IV, Jena I, Karlsruhe, Kiel, Marienwerder II) ist bereits bemerkt, daß der nicht vorgetragene Akteninhalt nicht als vorgetragen oder als gerichtskundig angesehen wird. Hiermit stimmen überein die Berichte aus Cöln I, II, Posen I, II, Berlin IX, Breslau IV, in welch' letzterem zu dem Schlußsatze der Frage IV gesagt ist:

> Eine solche Praxis ist nicht eingeführt, da sie zu bedenklichen Konsequenzen führt und dem Prinzipe der mündlichen Verhandlung widerspricht.

Der Bericht von Berlin X spricht sich zu diesem Punkte folgendermaßen aus:

> Eine bloße Verweisung auf den Akteninhalt, der als vorgetragen gelten solle, findet grundsätzlich nur bei einer wiederholten Verhandlung vor dem gleichbesetzten Kollegium oder allenfalls dann statt, wenn es sich um Details handelt, die sich durch ein bloßes einmaliges Anhören dem Gedächtnisse nicht einprägen würden.

Der Bericht von Cöln II verneint die am Ende von Frage IV enthaltene Alternative mit dem Hinzufügen: Der Vortrag der Anwälte ist ein vollständiger und selbständiger.

Bei Fortsetzung der Verhandlung begnügt man sich vielfach mit einem bloßen kurzen Resumé des früher vorgetragenen Stoffes, so daß nur die neuen Anführungen vollständig vorgetragen werden (Königsberg II, Berlin IV).

Nur der Bericht von Königsberg III erwähnt zu Frage IV:

> Bei thatsächlich sehr umfangreichen Sachen, z. B. größeren Bau- oder Punktensachen kommt es wohl auch vor, daß nicht vollständig der Thatbestand vorgetragen, mehr ein Resumé gegeben und gebeten wird, den gesammten That-

---

wird erforderlichen Falls die Verhandlung wieder eröffnet und die Vervollständigung des Vortrags veranlaßt.

Königsberg II. Nur in Ausnahmefällen, insbesondere wenn über die zu ergehende Entscheidung z. B. über zu erhebende neue Beweiserhebungen keinerseits ein Bedenken obwaltet, beschränkt sich die Verhandlung auf eine kurze Darlegung des Sachverhalts durch den Vorsitzenden, den Berichterstatter oder die Rechtsanwälte. Damit begnügt man sich in der Regel auch bei weiteren Verhandlungen, in denen nur etwaige neue Anführungen und die Ergebnisse einer stattgehabten Beweisaufnahme ausführlich vorgetragen werden.

[23]) Grundsätzlich wird in der mündlichen Verhandlung das gesammte erstinstanzliche Streitverhältniß, soweit es in die erstinstanzliche Verhandlung gediehen ist, vollständig vorgetragen. Bei sehr verwickelten Sachen begnügen wir uns wohl damit, daß nur die springenden Punkte vorgetragen werden. Unter allen Umständen werden aber die Beweisprotokolle und Beweisurkunden dem Senate vollständig zu Gehör gebracht. (Berlin VI., vorbehältlich der oben unter Nr. 2 bereits erwähnten Ausnahme.)

bestand des ersten Urtheils und den gesammten Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze II. Instanz als vorgetragen anzusehen, was dann auch geschieht, und in welchem Fall bei der Berathung der Berichterstatter oder der Vorsitzende das nicht ausdrücklich Vorgetragene möglichst ergänzt.

Frage V.

Pflegt der Vortrag in freier Rede oder durch Ablesen zu erfolgen?

Werden insbesondere

a) **das erstinstanzliche Urtheil oder wenigstens der Thatbestand,**

b) **die Beweisprotokolle,**

c) **die zweitinstanzlichen Schriftsätze**

wörtlich verlesen?

1) Freier Vortrag des Streitstoffs mit Ausnahme der Beweisprotokolle, die fast durchgängig verlesen werden, findet statt bei Berlin II, III, IV, VI,[24]) XIII, Breslau I, Breslau II, Breslau III — hier wörtliches Verlesen nur insoweit, als besondere Gründe die Kenntniß des Wortlautes als wünschenswerth erscheinen lassen — Breslau IV, V — wo es in jedem Falle dem Vortragenden überlassen bleibt, zur Unterstützung des Gedächtnisses oder wegen der Wichtigkeit einzelne Schriftstücke zu verlesen — Celle, Köln, Hamm I, II, III, V, Königsberg II, III — wo der Thatbestand nur dann verlesen wird, wenn es durch besondere Umstände geboten erscheint — Posen I, II, IV, Stettin. Folgende Berichte mögen hier Platz finden.

Hamm I.

Die Vorträge der Anwälte werden gemäß § 128 C.P.O. in freier Rede gehalten. Weder das angefochtene Urtheil noch dessen Thatbestand, noch die in II. Instanz gewechselten Schriftsätze werden verlesen. Dagegen pflegen die Anwälte aus den Beweisaufnahmeprotokollen die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen zu verlesen.

Hamm V.

Der Vortrag erfolgt in freier Rede, Ablesen wird nicht gestattet.

Köln I.

In freier Rede. Die Urtheilsformel und die Urtheilsgründe werden regelmäßig wörtlich verlesen, der Thatbestand nur ausnahmsweise, wenn es auf den Wortlaut ankommt. Die Frage unter V b wird bejaht, die unter V c verneint.

Köln II.

Der Vortrag erfolgt in freier Rede. Verlesen wird das erstinstanzliche Urtheil

---

[24]) Bericht des Vorsitzenden des VI. Senats (Berlin): Der Vortrag erfolgt — abgesehen von den Beweisprotokollen und Beweisurkunden — in freier Rede. Einem Vorlesen der zweitinstanzlicheo Schriftsätze würde ich entgegentreten.

in Tenor und Entscheidungsgründen, ferner die Beweisprotokolle, die neuen Beweisanerbieten und die nöthigen Urkunden, sonst nichts. (ebenso Köln III, IV, V.)

Berlin XIII.

Beweisprotokolle werden regelmäßig vorgelesen, ebenso Beweisurkunden; der sonstige Vortrag pflegt in freier Rede zu erfolgen.

Breslau I zu Frage V.

Stets in freier Rede:

ad. a) nein.

ad. b) nur dann, wenn es auf den Wortlaut der Zeugenaussagen besonders ankommt,

ad. c) nein.

Breslau II.

Der Vortrag findet durchweg in freier Rede statt, die Beweisprotokolle werden jedoch wörtlich verlesen.

Breslau IV.

Der Vortrag pflegt in freier Rede zu erfolgen. Verlesen wird der Thatbestand nicht, wohl dagegen die erheblichen Beweisprotokolle und Urkunden.

Darmstadt I.

Das Urtheil I. Instanz und die Beweisprotokolle werden regelmäßig wörtlich verlesen, ebenso die in den zweitinstanzlichen Schriftsätzen enthaltenen Anträge. Im Uebrigen pflegt der Vortrag in freier Rede zu erfolgen, (so auch Darmstadt II, nur heißt es hier im Eingange, der Vortrag pflegt stets in freier Rede zu erfolgen.)

Posen I.

Der Vortrag der Anwälte erfolgt in freier Rede. Zu a—c: die Beweisprotokolle werden verlesen, das Urtheil erster Instanz und die Schriftsätze der Berufungsinstanz werden nicht verlesen, sondern dem Inhalte nach vorgetragen.

Posen II.

Der Vortrag erfolgt in freier Rede; wörtlich verlesen werden nur die Beweisprotokolle. Zu a—c also: nein.

Stettin.

Ablesen eines Vortrages wird nicht gestattet. Verlesen werden die Anträge. Die Verlesung der Beweisprotokolle und der Urkunden wird gestattet und je nach Umständen erfordert.

Stuttgart.

Das erstinstanzliche Urtheil oder wenigstens der Thatbestand, sowie die Beweisprotokolle werden vorgelesen, die zweitinstanzlichen Schriftsätze werden vorgetragen, ohne daß ein bloß wörtliches Verlesen stattfindet.

2) Außer den Beweisprotokollen wird der erstinstanzliche Thatbestand noch

verlesen in Berlin VIII,[25]) Braunschweig, Celle I und III[26]), Darmstadt, Rostock,[27]) Stuttgart, Colmar.[28]) Im Uebrigen ist freier Vortrag die Regel.

3) Bei verschiedenen Gerichten wird zwar grundsätzlich daran festgehalten, daß frei vorzutragen ist, jedoch mehr oder weniger in dieser Beziehung nachgesehen.

So erfolgt (Berlin VII) der Vortrag in freier Rede in Anlehnung an die betreffenden Schriftstücke, während ein wörtliches Vorlesen niemals stattfindet, ausgenommen bei Beweisprotokollen; der Vortrag erfolgt in freier Rede, wenn auch meist in Anlehnung an die Schriftsätze, in welcher Weise auch der Inhalt des angefochtenen Urtheils eingehend wiedergegeben wird (Berlin X), fast immer in freier Rede, wenn auch sehr oft unter Benutzung der Konzepte und Abschriften in den Handakten (Berlin XI), meist in freier Rede (Berlin XII), in freier Rede in Anschluß an den erstinstanzlichen Thatbestand (Marienwerder II) oder zugleich auch an die zweitinstanzlichen Schriftsätze (Marienwerder I)[29]); es wird „weit überwiegend in freier Rede vorgetragen; soweit es wichtig erscheint, wird trotzdem

---

[25]) Berlin VIII. Der erstinstanzliche Thatbestand und die Beweisprotokolle werden in der Regel wörtlich vorgetragen, die Gründe des ersten Urtheils meist nur im Auszuge mitgetheilt. Der Inhalt der zweitinstanzlichen Schriftsätze wird frei vorgetragen.

[26]) Celle I. (Antwort zu Frage V): Immer in freier Rede; eine Verlesung des erstinstanzlichen Urtheils findet regelmäßig nur bezüglich des Thatbestandes statt, wird aber nicht erwartet. Die zweitinstanzlichen Schriftsätze werden nicht vorgelesen, die Beweisaufnahmeprotokolle dagegen regelmäßig.

Celle III: Ein Ablesen findet nur statt bezüglich des erstinstanzlichen Urtheils und der Beweisprotokolle. In einzelnen Fällen wird auch der Inhalt des gedachten Urtheils nur kurz in freier Rede zum Vortrag gebracht. — Etwas abweichend Celle II: Der Vortrag erfolgt in freier Rede; eine wörtliche Verlesung des erstinstanzlichen Thatbestandes findet nicht statt, wenn dieselbe nicht von irgend einer Seite begehrt wird. Regelmäßig dagegen werden die erstinstanzlichen Entscheidungsgründe und die Beweisprotokolle verlesen. Die zweitinstanzlichen Schriftsätze werden nicht wörtlich verlesen.

[27]) Doch wird auch hier hervorgehoben, daß, sofern Schriftsätze eingereicht sind, der Vortrag in engem Anschluß an diese erfolgt.

[28]) Colmar: Der Vortrag erfolgt in freier Rede. Der Thatbestand des angefochtenen Urtheils wird verlesen, sofern er nicht schon durch den einleitenden mündlichen Vortrag erschöpft ist. Der Inhalt der Beweisprotokolle wird theils in freier Rede, theils durch Verlesen bekannt gegeben. Das letztere bildet die Regel. Die zweitinstanzlichen Schriftsätze werden niemals verlesen.

[29]) Marienwerder I: Die Beweisprotokolle werden in der Regel wörtlich verlesen. Im Uebrigen pflegt der Vortrag in freier Rede zu erfolgen im Anschluß an den Thatbestand und die zweitinstanzlichen Schriftsätze. Nur ausnahmsweise werden bei sehr verwickelten Streitverhältnissen einzelne wesentliche Abschnitte verlesen.

Marienwerder II: Der Vortrag erfolgt in freier Rede, gewöhnlich in Anlehnung an den Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils. Verlesung von Schriftstücken findet insoweit statt, als es auf deren wörtlichen Inhalt ankommt (§ 128 der C.P.O.). Die Aussagen von Zeugen und Sachverständigen und das Ergebniß der Einnahme des Augenscheins werden in der Regel wörtlich aus den Beweisprotokollen verlesen. Im Uebrigen findet eine Verlesung zu a, b, c nicht statt.

der Thatbestand nicht selten verlesen, wenigstens gewisse Stellen daraus, ebenso die Beweisprotokolle; Schriftsätze zweiter Instanz verlesen nur solche Anwälte, welche sich der freien Rede nicht mächtig glauben, oder solche, die auf den Wortlaut an einzelnen Stellen Gewicht legen.“ (Berlin IX.)

Der Bericht des 4. Senats des O.L.G.'s Hamm besagt:

Der Vortrag pflegt in freier Rede zu erfolgen; es wird wenigstens danach gestrebt, ihn so zu halten, so daß er jedenfalls durch reines Ablesen nicht erfolgt. Die zu a, b, c bezeichneten Schriftstücke werden wörtlich insoweit verlesen, als es erforderlich ist, daß gerade der Wortlaut zur Kenntniß der Senatsmitglieder kommt. Das gilt insbesondere von den Beweisprotokollen. Der Vorsitzende wirkt insoweit auf die wörtliche Verlesung hin, als solche nicht Seitens der vortragenden Anwälte von selbst geschieht. Darüber, was der wörtlichen Vorlesung bedarf, pflegt die Verhandlung keinen Zweifel zu lassen, und wo solche Zweifel möglich sind, wird sie erfolgen.

Der Bericht von Karlsruhe lautet:

Der Vortrag pflegt in freier Rede zu erfolgen. Die Niederschrift eines für die mündliche Verhandlung bestimmten Vortrages und dessen Ablesen findet nicht statt; dagegen streift die Rede mehr oder weniger an ein wörtliches Ablesen der zeitinstanzlichen Schriftsätze — — —. Das erstinstanzliche Urtheil wird weder im Ganzen noch auch der Thatbestand wörtlich verlesen. Beim Vortrage von Beweisaufnahmen wird von Seite des Gerichts darauf gehalten, daß z. B. Zeugenprotokolle und Gutachten von Sachverständigen nicht wörtlich vorgelesen, sondern nur ihrem Inhalte nach wiedergegeben werden, sofern es nicht im einzelnen Falle auf den wörtlichen Inhalt besonders ankommt.

Der Bericht des 1. Senats des O.L.G.'s Jena spricht sich folgendermaßen aus: Selbstverständlich erfolgt der Vortrag der Regel nach in freier Rede. Zunächst wird daran festgehalten, daß das erstinstanzliche Urtheil nur dann zu verlesen ist, wenn es auf seinen Wortlaut ankommt. Doch wird in dieser Beziehung eine gewisse Konnivenz gegenüber den Anwälten ausgeübt, und lesen dieselben manchmal den Urtheilsthatbestand der I. Instanz vor, wo es genügt hätte, denselben in freier Rede inhaltlich wiederzugeben. Aehnlich wird es mit den Protokollen über die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen gehalten. Diese werden sogar in der Mehrzahl der Fälle verlesen. Eine Vorlesung der zweitinstanzlichen Schriftsätze wird niemals gestattet.

Der 2. Senat des O.L.G.'s Jena berichtet:

Der Vortrag erfolgt theils in freier Rede, theils durch Ablesen. Das erstinstanzliche Urtheil oder wenigstens der Thatbestand desselben, sowie die Beweisprotokolle pflegen mehr oder minder wörtlich verlesen zu werden, während die Ausführung und Begründung des Rechtsmittels regelmäßig frei vorgetragen wird, auch wenn sie schriftsätzlich angekündigt wird.

Die Antwort des O.L.G.'s Kiel zu der Frage lautet:

Wird verschieden gehalten. Meistens wird der Thatbestand des ersten Urtheils nebst den Beweisprotokollen, soweit erforderlich, fast wörtlich vorgetragen, bez. werden die letzteren verlesen. Die zweitinstanzlichen Schriftsätze werden regelmäßig frei vorgetragen. In geeigneten Fällen wird überhaupt von mehreren Anwälten frei vorgetragen.

Der Bericht des 3. Senats des O.L.G.'s Posen endlich geht dahin:

Der Vortrag pflegt in der Form freier Rede durch Ablesen zu erfolgen. Wörtlich verlesen werden regelmäßig der Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils, die Beweisprotokolle, nicht auch die zweitinstanzlichen Schriftsätze — wenigstens nicht in ganzem Umfange.

4) Reines Ablesen des Vorbringens findet regelmäßig in Oldenburg und Dresden[30]) statt. Der Oldenburger Bericht besagt:

Wörtliche Verlesung ist die Regel; die Erfahrung hat gezeigt, daß ein freier Vortrag der Anwälte in Betreff seiner Vollständigkeit und Richtigkeit nicht immer leicht zu kontroliren ist.

Dresden VII.

Einzelne Anwälte aus der alten Schule pflegen Alles vorzulesen und geben das Urtheil, d. h. den Thatbestand, die Beweisprotokolle und die Schriftsätze wörtlich wieder. Die übrigen Anwälte schlagen einen Mittelweg ein, gänzlich in freier Rede bewegt sich wohl keiner. Auch diejenigen Anwälte, die der freien Rede am meisten mächtig sind, tragen doch in der Regel den Thatbestand und die Beweisprotokolle wörtlich vor.

Dresden IV.

Der Vortrag erfolgt durch wörtliches Ablesen des erstinstanzlichen Thatbestandes, der Beweisprotokolle und der zweitinstanzlichen Schriftsätze. Nur die Gründe des angefochtenen Urtheils und Rechtsausführungen werden meist frei vorgetragen.

Dresden III.

Die Beweisprotokolle werden, soweit sie nicht im Falle der Beschränkung des Rechtsmittels überhaupt vorgetragen werden, wörtlich verlesen. Im Uebrigen (a und c) erfolgt der Vortrag des Rechtsanwalts, wenn nicht durch Ablesen, so doch in genauer Anlehnung an den Inhalt des erstinstanzlichen Thatbestandes und der im Berufungsverfahren verfaßten Schriftsätze. Die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urtheils werden regelmäßig nur im Abrisse wiedergegeben. Die Urtheilsformel wird verlesen.

Dresden II.

Der Vortrag erfolgt — — — „leider durch Ablesen, höchstens mit ganz geringfügigen Abänderungen und Kürzungen. Das Streitmaterial wird abgerollt‘."

---

[30]) Die Berichte betreffen den Zustand bis Ende des Jahres 1896. Ob die seitdem bei dem O.L.G. Dresden gemachten energischen Anstrengungen, die Mündlichkeit, d. h. den Vortrag in freier Rede, mehr zur Geltung zu bringen, von Erfolg sein werden, muß die Zukunft lehren.

Dresden I.

Der manchmal gemachte Versuch, die Anwälte zu einer Zusammenfassung des die Berufungsinstanz interessirenden Streitstoffes zu veranlassen, mißlingt regelmäßig. Die Lesemethode — weil bequemer, keine Denkarbeit erfordernd — hat sich von Jahr zu Jahr mehr eingebürgert. — — — Freie Rede nur selten, namentlich bei bloßen Rechtsausführungen; Schriftsätze zweiter Instanz, soweit Thatsachen enthaltend, werden meist wörtlich verlesen.

Frage VIII.

Wird bei Wechsel im Richterkollegium das gesammte Streitmaterial stets von Neuem vollständig wieder vorgetragen, ev. erfolgt dieser neue Vortrag

a) von den Anwälten,

b) von dem Referenten oder Vorsitzenden mit deren Zustimmung?

Regel ist, daß in diesem Falle das gesammte Material von den Anwälten vollständig wieder vorgetragen wird. (Berlin II, III, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, Breslau II, III, Celle I—III, Jena I, Königsberg III — wo in diesem Falle zwar nicht stets aber doch häufig das gesammte Material vollständig wieder vorgetragen wird, und zwar von den Anwälten —, Darmstadt, Colmar, Cöln, Hamm I, II, III, IV, V, Karlsruhe, Marienwerder I, II, Posen I, II, IV, Rostock, Stettin).

An diesem Grundsatze wird auch von den Gerichten festgehalten, bei denen ausnahmsweise der Referent oder Vorsitzende den Vortrag übernehmen (Breslau I,[31]) IV, V, Hamm I, IV, Jena II, Karlsruhe, Stuttgart, Dresden I, II, III). Nach dem Berichte des 3. Senats des O.L.G.'s Posen wird in diesem Falle das Streitverhältniß regelmäßig vom Vorsitzenden neu vorgetragen. Dieselbe Praxis wird neuerdings vom 5. Senate des O.L.G.'s Dresden mit Zustimmung der Anwälte meist befolgt, wobei der Vortrag frei erfolgt und nur auf das Wesentliche sich erstreckt.

Vielfach wird hervorgehoben, daß bei dem neuen Vortrage der Sache möglichst auf Abkürzung und Vereinfachung des Vortrags hingewirkt wird (Berlin IV, Breslau III, Braunschweig, Celle II, Hamm II, Kiel, Dresden II, III, V. Vereinzelt begnügt man sich der Regel nach mit einem kurzen Resumé des Vorsitzenden, Berichterstatters oder eines der Anwälte (Königsberg II).

Hierzu sind folgende Berichte zu erwähnen:

Berlin IV. Der Regel nach wird die Sache von den Anwälten von Neuem vorgetragen; mitunter begnügt man sich jedoch mit einem eingehenden Resumé, namentlich bei sehr umfangreichen Sachen.

---

[31]) Hier wird Frage VIII im Anfang bejaht, zu a verneint und zu b bemerkt: von dem Vorsitzenden unter Zustimmung der Anwälte.

Berlin VI. Nicht nur beim Wechsel im Richterkollegium, sondern fast regelmäßig wird das gesammte Streitmaterial stets von Neuem vollständig vorgetragen. Die vollständige Wiederholung der Verhandlung wird nach der Auffassung des Senats in der Regel dadurch nothwendig, daß zwischen den einzelnen Verhandlungsterminen — von wenigen Ausnahmen abgesehen — ein Zeitraum von wenigstens drei Monaten liegt.

Berlin VIII. Ein Wechsel im Richterkollegium bedingt keine Aenderung in der Art und Weise der Vorträge.

Berlin IX. Bei Wechsel im Richterkollegium wird in der Regel vollständig neu von den Anwälten vorgetragen. Ausnahmsweise gibt der Referent eine kleine Beihülfe durch Vorbemerkungen.

Berlin X. Wenn schon dem Senate außer dem Vorsitzenden 5 (statt 4) Richter angehören, wird bei erneuter Verhandlung einer Sache für jedesmal gleiche Besetzung des Kollegiums nach Möglichkeit Sorge getragen. Tritt dennoch ein Wechsel im Richterkollegium ein, so wird das gesammte Streitmaterial grundsätzlich von Neuem vorgetragen, soweit nicht die Entscheidung zum Theile durch die ziemlich häufig erlassenen Zwischenurtheile bereits festgelegt ist. Der Vortrag erfolgt dann durch die Anwälte.

Berlin XIII. Es wird von den Anwälten das gesammte Streitmaterial von Neuem vollständig vorgetragen und zwar nicht nur bei Wechsel im Richterkollegium, sondern in jeder mündlichen Verhandlung.

Braunschweig. Im Fragefalle wird das gesammte Streitmaterial in möglichst knapper Form von den Anwälten wieder vorgetragen.

Breslau III. Es erfolgt der vollständige Vortrag, aber in gedrängtester Kürze.

Breslau IV zu Frage VIII: In der Regel ja! Es erscheint dies geboten auch mit Rücksicht, daß andern Falls leicht der Fall des § 291 der C.P.O., Berichtigung des Thatbestandes auf Antrag, eintreten kann. Den Vortrag hält der Anwalt, ausnahmsweise auch wohl der Vorsitzende, wenn die Anwälte einverstanden sind.

Breslau V. Der Regel nach vollständiger Vortrag durch die Anwälte, ohne Ausnahmen ganz auszuschließen.

Celle I. Beim Wechsel im Richterkollegium wird eine neue vollständige Verhandlung, soweit der Zweck der Terminsverhandlung solche erfordert, für nöthig gehalten.

Celle II. Wenn in der Besetzung des Gerichts eine Veränderung eintritt, so wird stets eine neue förmliche mündliche Verhandlung angeordnet. In diesem Falle wird auf eine zweckmäßige Abkürzung der Verhandlung hingewirkt, indem den neu eintretenden Richtern vorgängige Einsicht der Akten anheimgegeben wird.

Dresden II. Bei kleinen Sachen Wiederholung Regel, bei größeren meist abgekürzter Vortrag durch den Referenten mit Zustimmung der Anwälte, denen die etwa für erforderlich erachtete Ergänzung anheimgestellt wird. Mit-

unter werden auch neue Sachen — also nicht ausschließlich in Wiederholungsfällen — vom Gerichtstische aus vorgetragen, wenn Coupirung und Gruppirung besonders angezeigt ist.

Dresden III. Bei Wechsel im Richterkollegium ist seither in der Regel der Vortrag gerade so wiederholt worden, wie er bis dahin vor dem früheren Kollegium stattgefunden hatte. In einzelnen besonders dazu geeignet erscheinenden Fällen hat man eine abgekürzte Wiedergabe des Prozeßstoffs I. Instanz durch den Vorsitzenden oder durch einen der Anwälte stattfinden lassen.

Hamm I. Bei einem Wechsel im Richterkollegium wird das gesammte Streitmaterial auf's Neue vollständig vorgetragen, und zwar seitens der Anwälte. Nur in einzelnen umfangreichen Sachen hat wohl der Referent unter Zustimmung der Anwälte das Ergebniß der Beweisaufnahmen vorgetragen.

Hamm IV. Grundsätzlich wird bei einem Wechsel im Richterkollegium das Streitmaterial wieder so vollständig vorgetragen, als es zu Information der neu eintretenden Mitglieder erforderlich ist, und zwar erfolgt der Vortrag in der Regel von den Anwälten, hier und da auch mit deren Zustimmung von dem Referenten oder dem Vorsitzenden. Hierbei wird allerdings möglichst nach Abkürzung gestrebt, gerade so wie dies auch in gleichem Falle in den Zeiten des schriftlichen Verfahrens geschah. Wie weit solche Abkürzungen möglich und zulässig sind, kann aber nur der Lage des einzelnen Falles entnommen werden.

Jena I. Es erfolgt ein neuer vollständiger Vortrag durch die Anwälte. Ein solcher wird auch erfordert, wenn in der neuen Verhandlung kein Wechsel im Richterkollegium eingetreten. Nur pflegt dann der Vortrag ein kürzerer zu sein.

Karlsruhe. Ist bei einer späteren Verhandlung der Senat nicht in gleicher Weise wie früher besetzt, so wird zwar das gesammte Streitmaterial durch die Anwälte von Neuem vorgetragen, dabei aber auf thunlichste Beschränkung hingewirkt; auch kann es im Interesse der Vereinfachung geschehen, daß statt der Vorträge der Anwälte der Vorsitzende unter Zustimmung der Anwälte ein kurzes Resumé über den bisherigen Verlauf der Sache vorträgt.

Marienwerder II. Bei einem Wechsel im Richterkollegium wird die Sache stets vollständig wieder vorgetragen, und zwar durch die Anwälte. Vorsitzender oder Berichterstatter geben mitunter, wo dieses zur Förderung der Verhandlung zweckmäßig erscheint, mit Zustimmung der Anwälte einen orientirenden Ueberblick.

Oldenburg zu Frage VIII: Neu, von den Anwälten, soweit nicht der Wechsel beim Vorsitzenden oder Referenten eingetreten ist, welche die Akten kennen.[31a])

[31a]) Hierzu wird noch bemerkt: hat kein Wechsel im Richterkolleg inzwischen stattgefunden und die frühere Verhandlung vor schon längerer Zeit stattgefunden, werden wohl

Stettin. Die Anwälte tragen von Neuem vollständig vor. Soweit es geht, wird das Streitverhältniß durch Zwischenurtheile und Theilurtheile gern erledigt.

Stuttgart. Das gesammte Streitmaterial wird vollständig wieder vorgetragen, in der Regel von den Anwälten, zuweilen mit deren Einwilligung vom Referenten.

C.

Die Fragen VI und VII betreffen den Beweis, die Häufigkeit (VI) und die Art und Weise (VII) seiner Erhebung.

Frage VI.

Macht sich die Erhebung von Beweisen häufig erforderlich?

Die Frage wird von der weitaus größten Mehrzahl der Berufungsgerichte bejaht (Berlin, Braunschweig, Breslau, Celle, Posen I, II, III, Stuttgart, Hamm, Darmstadt I, Köln II, Dresden, Jena, Kiel, Königsberg, Karlsruhe, Frankfurt, Stettin.)

Die Häufigkeit der Beweise erklärt sich nach mehreren Berichten durch die Art der dem betreffenden Senate zugewiesenen Sachen (Berlin II: Enteignung und dingliche Rechte; fast ebenso Breslau III; Hamm IV: Arbeits- und Werkverdingungsverträge, Enteignungen, Bergbauschäden, Haftpflicht-, Anfechtungs-, Marken-, Musterschutz-, Patentsachen 2c.), durch die Eigenthümlichkeit eines Theiles der Bevölkerung der betreffenden Provinz, mit immer neuen Beweisen zu kommen, deren Erledigung trotz voraussichtlicher Ergebnißlosigkeit nicht abgelehnt werden kann (Königsberg II), ferner dadurch, daß das Material häufig erst in der Berufungsinstanz von den Anwälten genau vorbereitet und der Schwerpunkt in diese Instanz verlegt wird (Königsberg II, Jena II, Hamm I, Stettin, Karlsruhe[32]), Berlin IV, VII, IX[33]) überhaupt durch das Vorbringen neuer Be-

die Akten zur Rückerinnerung in Circulation gesetzt, und wird dies den Anwälten mitgetheilt. Solche entsprechende Mittheilung erfolgt auch, wenn ein Wechsel nur in der Person des Vorsitzenden und des Referenten eingetreten ist, welche die Akten kennen. Es wird dann den Anwälten überlassen, früher vorgetragenes, welches für die Aufnahme in das Sitzungsprotokoll nicht wesentlich erschien, oder auch, was ihnen einer Wiederholung bedürftin erscheint, neu vorzutragen. — — Hat ein anderer Wechsel im Richterkolleg stattgefunden, so wird den Anwälten überlassen, das früher Vorgetragene, soweit es ihnen jetzt noch relevant erscheint, neu vorzutragen.

[32]) In dem Bericht von Karlsruhe heißt es: Beweisbeschlüsse werden verhältnißmäßig sehr viele erlassen, theils wegen Unvollständigkeit der Verhandlungen erster Instanz, theils wegen einer von der Auffassung des Vordergerichts abweichenden Auffassung des Falls, häufig aber auch auf Grund des Vorbringens von Neuheiten im zweiten Rechtszuge, oder als Folge einer vor dem Gerichte nicht sofort erkennbaren unvollständigen oder unrichtigen Information der zweitinstanzlichen Anwälte.

[33]) Berlin IV. Eine neue Beweisaufnahme ist sehr oft erforderlich. Soweit überhaupt streitige Thatsachen in Betracht kommen, werden häufig sehr umfangreiche Beweisanträge gestellt. Dies geschieht in vielen Sachen in dem Maße, daß der Schwerpunkt der Be-

hauptungen (Celle II), weiter durch die Ueberlastung der unteren Instanz, welche demzufolge die Sachen nicht immer erschöpfend genug behandeln kann (Dresden I), endlich mit Rücksicht auf die strenge Praxis des Reichsgerichts betreffs der Zulassung angebotener, vom Berufungsgericht mitunter nicht für nöthig erachteter Beweise (Köln II).

Ueber die Menge der erhobenen Beweise geben einzelne Berichte Aufschluß. Im 3. Senate des Kammergerichts werden monatlich gegen 100 Zeugen abgehört. Vor dem 10. Civilsenate des Kammergerichts haben in der Zeit vom 1. Januar bis 1. Dezember 1896 im Ganzen 246 Beweistermine vor dem beauftragten Richter stattgefunden [34]. Bei dem 11. Senate des Kammergerichts wird mindestens bei der Hälfte der anhängigen Sachen Beweis erhoben, bei dem 6. Senate des Kammergerichts in der Mehrzahl der Sachen, bei dem 5. Senate des O.L.G.'s Hamm in ca. 75 Prozent der Sachen. In Königsberg ergehen jährlich bei den 3 Civilsenaten zusammengenommen durchschnittlich ebensoviel Beweisbeschlüsse wie (streitige) Urtheile.

In einzelnen Berichten wird darüber geklagt, daß häufig nicht ein einziger Beweisbeschluß ausreicht, sondern daß oft mehrere Beweisbeschlüsse hintereinander erlassen werden müssen. (Hamm IV, Stettin).

Im Gegensatze zu den genannten Gerichten wird die gestellte Frage schlechthin verneint von Colmar, Rostock II, Köln III, Rostock I, (in dem letzteren Senate findet in der überwiegenden Zahl der Fälle keine Beweisaufnahme statt), ferner von Posen IV, wo $^4/_5$ der kontradiktorischen Sachen ohne Beweisaufnahme erledigt werden, Darmstadt II, wo in etwa 20% der Sachen Beweisaufnahmen stattfinden, weiter von Marienwerder I (Beweise in etwa $^1/_3$ der Sachen) und Marienwerder II [35]). Hierzu wird auch der 1. und 4. Senat des O.L.G.'s Köln zu rechnen sein. In dem ersten Senate dieses Gerichtshofes betrug 1893 die Zahl der kontradiktorischen Urtheile 226, die Zahl der Beweisbeschlüsse 58,

weisaufnahme sich in die zweite Instanz verschiebt und wegen der fortdauernden Stellung neuer Anträge einzelne Sachen Jahre lang in der Berufungsinstanz schweben.

Berlin VII zu Frage VI: sehr häufig. Theils werden neue Beweise geboten, theils wird die wiederholte Vernehmung der erstinstanzlichen Zeugen beantragt mit der Begründung, daß die Abhörung nicht eingehend genug sei.

Berlin IX. Die Erhebung von Beweisen ist sehr häufig erforderlich, zumal oft der Rechts- und Streitstoff im zweiten Rechtszuge durch Wechsel der Schriftsätze mehr geklärt wird.

Jena II. Die Erhebung von Beweisen ist sehr häufig erforderlich; nicht selten gestaltet sie sich sogar umfangreicher als die erstinstanzliche Beweisaufnahme.

[34]) Verhandlungstermine hatten daselbst in dieser Zeit 480, darunter 416 mit kontradiktorischer mündlicher Verhandlung angestanden, während die Zahl der Berufungen 352 betrug.

[35]) Marienwerder II. In der Mehrzahl der Fälle bedarf es der Erhebung von Beweisen nicht. Während der letzten 3 Jahre hat die Zahl der Sachen, worin Beweisaufnahme beschlossen worden, noch nicht die Hälfte erreicht.

während sich im Jahre 1894 das Verhältniß auf 208 : 62 und im Jahre 1895 auf 205 : 42 stellte. Im 4. Civilsenate des O.L.G.'s Köln entfielen im Jahre 1893 auf 232 kontradiktorische Verhandlungen 59, im Jahre 1894 auf 237 solcher 35 und im Jahre 1895 auf 261 dergleichen 66 Beweisbeschlüsse. Im 5. Civilsenate des O.L.G.'s Köln stellte sich dieses Verhältniß 1893 auf 241:94, im Jahre 1894 auf 255 : 103, im Jahre 1895 auf 234 : 60. Ebenso scheint die Beweisaufnahme in Oldenburg nicht gerade häufig zu erfolgen, da sie durchschnittlich nur in 1/5 oder 1/10 der Sachen vorkommt.

Frage VII.

Erfolgt die Beweisaufnahme regelmäßig vor dem Kollegium oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter?

1) Die Beweisaufnahme findet bei der Mehrzahl der Gerichte regelmäßig vor einem beauftragten oder ersuchten Richter statt (Berlin II—IV, VI—XIII, Colmar, Cöln, I, II, IV, V, Braunschweig, Celle II, Hamm I, II, III, Königsberg II, III, Karlsruhe, Stuttgart, Marienwerder, Posen II, III, Stettin,[36]) meist vor einem ersuchten (seltener einem beauftragten) Richter in Celle I, III, Darmstadt II, Hamm IV, Cöln III[37]), Dresden II, III, Oldenburg Sch.-L., vor einem beauftragten Richter meist in Dresden I.

Als Grund hierfür wird angegeben die Geschäftslage des betreffenden Senates, welche eine Vermehrung der Zeugen vor dem Kollegium nicht thunlich macht (Berlin VI, VIII, Hamm I, IV).

Aus besonderen Gründen, namentlich wenn die Glaubwürdigkeit der Zeugen fraglich ist, die nachträgliche Beeidung bisher nicht eidlich vernommener Zeugen nach § 358 der C.P.O. angeordnet wird, eine Gegenüberstellung von Zeugen, oder eine nochmalige Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zum Zwecke der besseren Aufklärung erforderlich ist, pflegt auch von den erwähnten Gerichten die Abhörung durch das Kollegium angeordnet oder wiederholt zu werden; auch werden Parteieide soweit thunlich vor dem Collegium selbst abgenommen, (Berlin III, IV, VI, VIII, IX, XIII, Cöln IV, Hamm II, Posen III, Marienwerder I, Karlsruhe[38]), Dresden I, III, Stettin).

[36]) Nach dem Bericht von Stettin außerhalb des Bezirkes des am Sitze des O.L.G.'s befindlichen Amtsgerichts regelmäßig von einem ersuchten, innerhalb dieses Bezirkes vor einem beauftragten Richter; doch ist in letzterer Beziehung die Praxis nicht ganz gleich.. Bedenkliche Beweisaufnahmen erfolgen jedenfalls vor dem Prozeßgericht.

[37]) Cöln III. Für das Beweisverfahren werden die Vorschriften der C.P.O. als maßgebend erachtet. Der Zeugenbeweis erfolgt meistens mit Rücksicht auf § 340 der C.P.O. durch einen ersuchten Richter. In wichtigeren Sachen wird auch zur Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen aus entfernten Orten ein Mitglied des Senats beauftragt, ausnahmsweise erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Kollegium.

[38]) Karlsruhe: Die Beweisaufnahme findet, wenn sie umständlich ist und viele Zeit in Anspruch nimmt, vor einem beauftragten oder ersuchten Richter statt, vor dem Kol-

2) Dagegen neigt eine Anzahl Gerichte dahin, die Beweise möglichst vor dem Kollegium aufnehmen zu lassen. Dies wird schlechthin als Regel aufgestellt von Rostock II, Oldenburg O.,[39]) während sich sonst die Berichte folgendermaßen aussprechen:

Breslau II.

Die Beweisaufnahme vor dem Kollegium bildet die Regel; vor einem beauftragten Richter oder vor dem ersuchten Richter findet sie nur in den von der C.P.O. zugelassenen Fällen statt.

Breslau III.

Regelmäßig vor dem Kollegium, wenn der persönliche Eindruck irgendwie von Wichtigkeit ist.

Breslau IV.

Die Beweisaufnahme erfolgt nach den Vorschriften der C.P.O. dann nicht vor dem Kollegium, wenn Ausnahmen von der Regel des § 320 vorliegen. Namentlich wird Zeugenbeweis nicht vor dem Kollegium vorgenommen, wenn die Fälle des § 340 der C.P.O. vorliegen. In diesem Falle wird die Vernehmung durch den beauftragten oder ersuchten Richter in dem Beweisbeschlusse entsprechend begründet. Aehnlich geschieht es im Falle des § 441 bei Abnahme von Eiden.

Breslau V.

Bei auswärtigen Zeugen in der Regel durch einen ersuchten Richter, bei Zeugen aus der Nähe des O.L.G.'s, der nächsten Umgegend oder im Interesse näherer Aufklärung vor dem Kollegium.

Darmstadt I.

Die Beweisaufnahme erfolgt, wenn nicht einer der in § 340 der C.P.O. vorgesehenen Fälle vorliegt, regelmäßig vor dem Kollegium.

Jena I.

Als Regel darf die Vernehmung vor dem Kollegium bezeichnet werden. Vor beauftragtem Richter werden Zeugen und Sachverständige nur vernommen, wenn eine Vernehmung derselben auswärts, z. B. in Verbindung mit einer Augenscheinseinnahme, sich nöthig macht. Vor ersuchtem Richter erfolgt die Beweisaufnahme nur bei großer Entfernung der Zeugen- oder Sachverständigenwohnorte und auch unter dieser Voraussetzung dann zumeist nicht, wenn es als

legium dagegen seltener, namentlich in solchen Fällen, in welchen nach der Beschaffenheit der Beweismittel der unmittelbare Eindruck auf das gesammte Kollegium als besonders wünschenswerth erscheint. Nicht selten wird von der Befugniß des Gerichts, zur Aufklärung des Sachverhältnisses das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen, Gebrauch gemacht und sodann, wenn der Fall dazu geeignet ist, die Anwesenheit der Parteien zu einem Sühneversuche benützt. In beiden Richtungen dürfen die Erfolge als günstige bezeichnet werden.

[39]) In Oldenburg dagegen in den Sachen aus Schaumburg-Lippe wegen der dort wohnenden Anwälte und der größeren Entfernung der Parteien, Zeugen rc. regelmäßig vor einem ersuchten Richter.

wünschenswerth erscheint, einen persönlichen Eindruck von den Zeugen zu bekommen, oder wenn es sich um Fragen handelt, deren Stellung eine Vertrautheit mit dem Streitmaterial erfordert.

Posen I.

Vor dem I. Senat werden hauptsächlich Ehescheidungssachen verhandelt; in diesen erfolgt die Beweisaufnahme soweit thunlich und jedenfalls überall da, wo der persönliche Eindruck der Zeugen von Bedeutung ist, vor dem Kollegium.

Dresden V.

Früher erfolgte die Beweisaufnahme, soweit es sich um an Gerichtsstelle zu bewirkende Beweiserhebungen handelte, in der Hauptsache vor dem Kollegium, neuerdings bei umfangreicheren Beweisaufnahmen auch dann vor dem beauftragten Richter. Auswärtige Beweisaufnahmen erfolgen in einfacheren Sachen durch den ersuchten, in schwierigeren meist durch den beauftragten Richter.

Auch bei dem 4. Senate des O.L.G.'s Dresden wird, soweit Zeugen und Sachverständige im Bezirke des A.G.'s Dresden wohnen, der Beweis vor dem Kollegium erhoben und werden nur entfernt wohnende Zeugen regelmäßig durch den ersuchten Richter vernommen. Das O.L.G. Kiel befolgt die Praxis, die Beweisaufnahme selbst vorzunehmen, wenn Zeugen oder Sachverständige am Gerichtssitze oder in der Nähe wohnen oder besondere Gründe dafür vorliegen, sie selbst zu hören; sonst erfolgt die Beweisaufnahme durch den ersuchten, in ganz besonders gearteten Fällen auch durch einen beauftragten Richter.

Lediglich auf die gesetzlichen Bestimmungen (§§ 320, 340 der C.P.O.), nach denen verfahren wurde, verweisen die Berichte von Breslau I, Posen IV, Jena II; in dem zuletzt erwähnten Berichte wird nur hinzugefügt, daß der Senat von der Befugniß, Beweise durch beauftragten oder ersuchten Richter aufnehmen zu lassen, in den meisten Fällen, in denen das Gesetz dies zuläßt, Gebrauch macht.

3) Einzelne Gerichte beantworten die Frage dahin, daß es auf die konkreten Umstände des Falls ankommt, so Rostock I, Hamm V, Dresden VII.

Vgl. Hamm V.

In jedem einzelnen Falle wird sorgsam erwogen, welche Art der Beweisaufnahme nach der konkreten Sachlage angezeigt ist. Vernehmung vor dem Kollegium oder vor einzelnen Mitgliedern erfolgt vielfach.

Dresden VII.

Das kommt ganz auf die Sachlage an. Zeugen werden nicht ganz selten vor dem Kollegium abgehört, wenn ihre Aussagen wichtig, der Gegenstand des Rechtsstreites nicht unbedeutend und der Eindruck, den sie auf das entscheidende Gericht machen, von Belang ist. Auch die Beweisaufnahmen vor dem beauftragten Richter (Referenten) sind nicht selten; sie werden besonders dann für zweckmäßig gehalten, wenn das thatsächliche Material sehr verwickelt oder die Kenntniß der einschlagenden örtlichen Verhältnisse erwünscht ist.

D.

Die Fragen IX—XII beziehen sich auf das richterliche Urtheil, seine Verkündung und Abfassung (IX), den Thatbestand (X, XI) und die Wahrung einheitlicher Rechtsprechung (XII).

Frage IX.

Werden die Urtheile regelmäßig sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlung verkündet oder erst in einem späteren Termine?

Wenn letzteres der Fall ist:

a) **Schließt sich die Berathung des Gerichtshofes regelmäßig an die mündliche Verhandlung an oder erfolgt sie an einem späteren Tage?**

b) **Werden die Urtheile regelmäßig erst nach ihrer Fertigstellung und Billigung durch das Kollegium oder nur nach Abfassung der Urtheilsformel verkündet?**

Bei vielen Gerichten werden die Urtheile sofort nach der mündlichen Verhandlung verkündet und zwar nur nach Abfassung der Urtheilsformel. So Berlin III, IV — hier wird besonders erwähnt, daß nicht mehr, wie früher, ein späterer Verkündungstermin anberaumt wird — VII, VIII, IX, XI, XII — wo sich jedoch zu b) eine feste Uebung nicht gebildet hat — XIII,[40]) Breslau I — hier nur in den seltensten Fällen besonderer Verkündungstermin — Breslau II, III, IV, V — doch kommt auch hier die Ansetzung eines besonderen Verkündungstermines oft vor — Hamm I,[41]) II, III, IV, V, Königsberg, Marienwerder, Posen I, II — mit der Einschränkung, daß auch in vielen Fällen ein besonderer Verkündungstermin anberaumt wird — Posen IV, Stettin.

Der Bericht des 2. Senats des Kammergerichts sagt hierüber:

Die Berathung des Gerichtshofes schließt sich regelmäßig an die mündliche Verhandlung an. Ergibt sich bei der Berathung, daß alle Mitglieder über die in Betracht kommenden Fragen, insbesondere Rechtsfragen, vollkommen informirt sind und macht die Fassung der Urtheilsformel keine Schwierigkeiten, so wird das Urtheil sofort verkündet. Andernfalls wird Publikationstermin anberaumt. Soll in demselben oder vor demselben erst entschieden werden, so zirkuliren häufig die Akten bei allen Mitgliedern, um denselben Gelegenheit zu

[40]) Hier wird jedoch hinzugefügt, daß, wenn ausnahmsweise ein Urtheil erst in einem späteren Termine verkündet wird, es in der Regel vollständig und von allen Mitgliedern unterschrieben vorliegt. (so auch Breslau II)

[41]) Hier heißt es: Die Berathung pflegt nach Schluß der mündlichen Verhandlung sofort zu erfolgen, ebenso die Verkündung der Entscheidung. Letztere wird ausnahmsweise in einem späteren Termine verkündet. Wird aber an einem Vormittage eine beträchtliche Zahl von Sachen verhandelt, so wird, damit die in späteren Terminsstunden anstehenden Sachen noch zur Verhandlung gelangen können, ausnahmsweise so verfahren, daß die Berathung und Publikation der Entscheidung am Nachmittage resp. Abende des Sitzungstages erfolgen (so auch Hamm IV).

geben, sich über die in Betracht kommenden Fragen zu informiren. Es wird dann auch vielfach von allen Mitgliedern schriftlich votirt. Nach beendetem Umlauf der Akten wird dann von Neuem berathen und entschieden. Vor Verkündung der Urtheile wird der Regel nach nur die Urtheilsformel abgefaßt.

Als Gründe, aus denen bei den genannten Gerichten ausnahmsweise die Verkündung an einem späteren Tage stattfindet, werden angegeben das Vorhandensein besonderer Bedenken, die Nothwendigkeit wiederholter Prüfung (Berlin IV), der durch die Feststellung der Urtheilsformel entstehende Zeitaufwand (Berlin VIII, Breslau V), die Nothwendigkeit von Rechnungsoperationen, die Schwierigkeit der Formulirung des Tenors (Berlin IX,[42]) Posen I, III), die Nothwendigkeit des Erkennens mehrerer oder umfangreicher Eide (Breslau IV, Königsberg II, die Weitläufigkeit der Sache, Schwierigkeit der Rechtsfrage u. dergl. (Hamm II, Breslau II, Marienwerder I, Stettin).

Regelmäßig oder häufig erfolgt dagegen die Verkündung der Urtheile erst in einem späteren Termine in Berlin VI, X, Braunschweig — wo die Verkündung der Urtheile regelmäßig erst nach deren Fertigstellung und Billigung durch das Kollegium stattfindet — Celle, Darmstadt II, Jena II, Karlsruhe, Cöln, Rostock, Colmar.

Folgende Berichte mögen hier Platz finden:

Berlin X.

Die Berathung schließt sich fast ausnahmslos an die mündliche Verhandlung an. Die Geschäftslast des Senates, vor welchem an jedem der zwei wöchentlichen Sitzungstage regelmäßig zwölf Verhandlungstermine anstehen, nöthigt häufig dazu, die Verkündung der Beweisbeschlüsse, sowie derjenigen Urtheile, bei denen die Niederschrift der Urtheilsformel zeitraubend sein würde, auf einen besonderen Termin, meist eine Woche später, zu verlegen. Bis dahin sind die Beweisbeschlüsse vollständig abgesetzt, regelmäßig auch vor allen Richtern vollzogen. Die Urtheile werden im Publikationstermine verkündet, auch wenn nur die Urtheilsformel bis dahin ausgearbeitet und unterschrieben werden konnte.

Karlsruhe.

In neuerer Zeit werden die Urtheile seltener mehr sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlung, sondern meist in einem späteren Termine verkündet. Es geschieht dies zunächst in allen Fällen, in welchen die Urtheilsformel sehr umfangreich und in ihrer Fassung besonders komplizirt ist, z. B. wenn auf verschiedene Eide erkannt ist; außerdem beruht die Uebung aber auch wesentlich darauf, daß durch die gleichbaldige Berathung jedes verhandelten Falles die Sitzungen zu sehr ausgedehnt und die Anwälte allzulange zurückgehalten und in ihrer Arbeitszeit beschränkt werden. Weiter aber soll durch die Aussetzung

[42]) Hier wird noch hinzugefügt, daß äußerst selten die Verkündung auch dann ausgesetzt wird, wenn vorbehalten ist, eine Rechtsfrage zu studiren und vor der Verkündung die Berathung wieder aufzunehmen.

der Berathung Gelegenheit zum wiederholten Nachdenken über den Fall und zum ferneren Studium der einschlagenden Literatur gegeben werden. Einfache Fälle werden übrigens sofort berathen und die Verkündung der Entscheidung erfolgt in solchen Fällen alsbald, jedoch ohne Mittheilung von Gründen. Die Nachberathung findet entweder noch am Sitzungstage selbst oder an einem späteren Tage statt. In den späteren Verkündungsterminen werden die Urtheile je nach Umständen nur im decisiven Theile — in diesen Fällen ausnahmsweise unter mündlicher Mittheilung des wesentlichen Inhalts der Gründe — oder in vollständiger Abfassung verkündet, letzteres in der Art, daß nach Verlesung der Urtheilsformel den Anwälten Thatbestand und Gründe zur Einsicht vorgelegt werden.

Bericht des Vorsitzenden des VI. Senats des Kammergerichts:

Abweichend von dem größten Theile der Senatspräsidenten des Kammergerichts setze ich die Verkündung der Urtheile meist eine Woche hinaus. Die Berathung des Gerichtshofes schließt sich aber ohne Ausnahme an die mündliche Verhandlung an. Regelmäßig werden die Urtheile erst nach ihrer Fertigstellung und ihrer Billigung Seitens des Vorsitzenden verkündet. Ausnahmen sind selten.

Celle I.

Mit Rücksicht auf die große Belästigung, die den wartenden Anwälten aus der sofortigen Berathung jeder einzelnen Sache erwächst, werden die Urtheile regelmäßig erst in einem späteren Termine verkündet. Die Berathung der sämmtlichen, an einem Gerichtstage verhandelten Sachen erfolgt, wenn Zeit dazu übrig ist, noch an demselben, sonst am folgenden Tage.

Celle II.

Regelmäßig werden die Urtheile erst in einem späteren Termine verkündet. Da im 2. Civilsenate regelmäßig 8 Sachen angesetzt werden müssen, so erfolgt regelmäßig die Berathung an einem späteren Tage.

Die Berathung der Sachen schließt sich nach den Berichten von Berlin III, VII, VIII, IX, XII, XIII, Braunschweig, Breslau, Marienwerder II, Posen I, II, III, Stettin, Königsberg II, III, Jena II, Hamm II, III, V, Rostock auch im Falle der Anberaumung eines besonderen Verkündungstermines an die mündliche Verhandlung an, wogegen sie nach den Berichten von Cöln I, III, IV, V, Colmar und Darmstadt II regelmäßig erst an einem späteren Tage erfolgt.

Daß im Falle späterer Verkündigung regelmäßig das Urtheil ganz abgefaßt ist, wird hervorgehoben in den Berichten von Berlin XIII, VI, Breslau II, Darmstadt II, Hamm III, Rostock II, Cöln II, IV, V, Celle II, III, Jena II, Colmar.

Nach dem Berichte von Jena I wird das Urtheil dann, wenn der Tenor kein ganz einfacher ist, meist erst eine Woche nach dem Verhandlungstermine verkündet; die Berathung schließt sich aber immer unmittelbar an die mündliche Verhandlung an, so daß in der großen Mehrzahl der Fälle nicht zwischen die münd-

liche Verhandlung und die Berathung noch eine andere Verhandlung eingeschoben wird. In Kiel wird die Entscheidung alsbald verkündet, wenn das Gericht sogleich zu einer bestimmten Entscheidung gelangt ist und nicht die Formulirung des Beweisbeschlusses oder des Urtheilstenors besondere Schwierigkeiten darbietet, andernfalls wird Publikationstermin angesetzt. Die Berathung schließt sich regelmäßig an die mündliche Verhandlung an; nur ausnahmsweise bei sehr verwickelten und zweifelhaften Sachen findet nur eine Vorberathung alsbald statt; die weitere schließliche Berathung erfolgt alsdann im Termine zur Publikation, wobei mitunter die Akten vor demselben bei den Mitgliedern zur Cirkulation gebracht sind. Die Urtheile werden nur nach Abfassung des Tenors verkündet. Aehnlich Posen III: wenn dem Urtheile eine weitläufige Berechnung zu Grunde liegt oder sonst die Feststellung des Tenors längere Zeit erfordert, wird das Urtheil erst in einem späteren Termine, sonst sofort nach Schluß der mündlichen Verhandlung verkündet; die Berathung schließt sich indessen ausnahmslos an die mündliche Verhandlung an.

Je nach Lage der Sache entscheidet sich die Frage, ob sofort oder erst später verkündet wird, nach den Berichten von Darmstadt I und Oldenburg.

Stets erfolgt die Verkündung erst in einem späteren Termine vor dem O.L.G.'en Stuttgart und Dresden; auch werden hier die Urtheile — in Stuttgart regelmäßig, in Dresden ausnahmslos — erst nach ihrer Fertigstellung verkündet; die Berathung findet nach dem Stuttgarter Berichte neuerdings in der Regel am Terminstage statt; in Dresden erfolgt die Berathung regelmäßig nach Erledigung der anstehenden Sachen am Schlusse des Terminstages, bisweilen, bei vorgeschrittener Zeit, sehr verwickelten und zweifelhaften Sachen erst an einem späteren Tage.

Frage X.

Enthält das Berufungsurtheil regelmäßig einen neuen selbständigen Thatbestand oder wird betreffs des erstinstanzlichen Vorbringens auf den landgerichtlichen Thatbestand verwiesen?

Nach der größten Mehrzahl der Berichte wird regelmäßig auf den landgerichtlichen Thatbestand verwiesen, wenigstens wenn dieser vollständig und ausreichend ist oder die Sachlage sich nicht vollständig verändert hat; so Berlin II, III, IV, VI, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, Breslau, Celle[43]), Cöln I, III—V, Colmar, Darmstadt I[44]), Hamm I — hier nur mit der Modifikation,

[43]) Celle I: Das Berufungsurtheil enthält keinen neuen selbständigen Thatbestand bezüglich des erstinstanzlichen Vorbringens.

[44]) Darmstadt II etwas anders: Das Berufungsurtheil enthält einen selbständigen Thatbestand; in demselben wird jedoch in der Regel betreffs des erstinstanzlichen Vorbringens auf den landgerichtlichen Thatbestand verwiesen, ebenso Karlsruhe: Das Berufungsgericht enthält einen neuen selbständigen Thatbestand, wobei jedoch betreffs des erstinstanzlichen Vor-

daß, falls ein dem Senate zur Ausbildung zugewiesener Referendar mit der Entwerfung des Urtheils beauftragt ist, dieser zu seiner Ausbildung einen vollständigen Thatbestand auszuarbeiten hat — Hamm II (außer wenn die Anfertigung eines neuen Thatbestandes sachgemäß erscheint), Hamm III (hier Anfertigung eines neuen Thatbestandes nur, wenn der erstinstanzliche Thatbestand unzureichend erscheint — „letzteres die Regel"), Hamm IV, Jena I, Jena II — wenigstens in den meisten Fällen, wenn gleich eine feste Uebung verneint wird — Königsberg II, III, Marienwerder, Posen I, III, IV, Rostock II, Stettin, Oldenburg.

Nach dem Berichte von Stuttgart wird in den meisten Fällen eine kurze Darstellung des Streitverhältnisses gegeben, nach demjenigen von Rostock I wird der Thatbestand in dem Berufungsurtheile, soweit dies für dessen selbständiges Verständniß erforderlich ist, mitgetheilt. Zufolge des Kieler Berichtes enthält das Berufungsurtheil öfter einen neuen selbständigen Thatbestand; meistens aber wird auf den erstinstanzlichen Thatbestand verwiesen, vorausgesetzt, daß derselbe richtig und vollständig ist.

Verschiedene Berichte melden, daß je nach Lage der Sache, je nach Bedürfniß auf den erstinstanzlichen Thatbestand verwiesen oder ein neuer angefertigt wird (Cöln II, Hamm V, Posen II).

Bei einer Anzahl der Berufungsgerichte pflegt der zweitinstanzliche Thatbestand mit einer kurzen gedrängten Darstellung des erstinstanzlichen Vorbringens unter Hervorhebung etwaiger besonders wichtiger thatsächlicher und rechtlicher Gesichtspunkte zu beginnen, während wegen der Einzelheiten der erstinstanzlichen Behauptungen auf das angefochtene Urtheil verwiesen wird (Berlin IX, X,[45]) XII, Dresden). Beim O.L.G. Dresden pflegt hinsichtlich der zweitinstanzlichen Behauptungen meist auf die Schriftsätze, soweit solche vorhanden sind, verwiesen zu werden.

Nach den Braunschweiger Berichten „verweist das Berufungsurtheil in Betreff des erstinstanzlichen Vorbringens auf den landgerichtlichen Thatbestand."

Frage XI.

Kommen Anträge auf Berichtigung des Thatbestandes öfters vor?

Völlig übereinstimmend sprechen sich alle Berichte dahin aus, daß solche Anträge nur selten, sogar äußerst selten oder fast gar nicht vorkommen, so daß von

---

bringens auf den landgerichtlichen Thatbestand, sofern derselbe vollständig und richtig ist, Bezug genommen wird.

[45]) Berlin IX. Ueberwiegend wird in einer kurzen Einleitung, welche der Bezugnahme auf das Urtheil I. Instanz vorangeht, angedeutet, um welchen Klaggrund es sich handelt. Berlin X: Im Berufungsurtheile pflegt der Urtheilsfasser eine gedrängte Uebersicht des Thatbestandes vorauszuschicken und hinsichtlich aller Einzelheiten auf die Sachdarstellung des ersten Richters Bezug zu nehmen. Doch ist dem Ermessen des Urtheilsfassers hierin, je nach Lage der Sache im Einzelfalle freier Spielraum gewährt.

einer Wiedergabe der einzelnen Berichte abgesehen werden kann. Einzelne Berichte heben besonders hervor, daß derartige, sehr selten vorkommende Anträge auch höchst selten Erfolg haben (Berlin IV, Cöln II); hierzu wird in einem Dresdner Berichte eine Aeußerung von Anwälten erwähnt, nach welcher es schon manchmal Anlaß zur Berichtigung des Thatbestandes gäbe, der Antrag jedoch unterlassen werde, weil zwecklos. In dem Berichte von Berlin VII wird darauf hingewiesen, daß die regelmäßige Vorbereitung der Verhandlung durch Schriftsätze die Herstellung eines vollständigen Thatbestandes ermögliche und sichere.

Ziffernmäßig wird das Vorkommen eines Berichtigungsantrages auf 2 im Jahre (Berlin XIII, Hamm III), 3 im Jahre (Cöln IV), 1 auf 2—3 Jahre (Königsberg II), 1 auf 4—5 Jahre (Hamm V), 2 seit Inkrafttreten der C.P.O. (Marienwerder I), 1 auf 40 Urtheile (Jena I) angegeben, während der Bericht von Jena II folgende Statistik enthält:

Jahr	Urtheile	Berichtigungsanträge
1886	151	—
1887	128	1
1888	109	1
1889	121	4
1890	117	2
1891	115	4
1892	114	2
1893	153	4
1894	143	1
1895	153	2

Frage XII.

Besteht am Oberlandesgericht eine Einrichtung, welche die Erreichung gleichmäßiger Rechtsprechung und Vermeidung widersprechender Entscheidungen der einzelnen Senate bezweckt?

a) ist etwa durch die Praxis oder die Geschäftsordnung eine analoge Anwendung der Vorschrift in § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes eingeführt?

b) oder pflegen die einzelnen Civilsenate, ehe sie in einer Rechtsfrage von der Ansicht eines andern Civilsenates abweichen, sich mit den andern Senaten in Verbindung zu setzen?

c) oder werden die ausgearbeiteten Urtheile vor der Verkündung dem Oberlandesgerichtspräsidenten zur Durchsicht vorgelegt, so daß dieser, wenn er einen Widerspruch mit der Ansicht eines andern Senates vorfindet, oder wenn er sonst die zu verkündende Entscheidung für bedenklich hält, die Sache dem entscheidenden Senate unter Hervorhebung seiner Bedenken

zur nochmaligen Erwägung zurückgibt, oder zur genaueren Erörterung der Rechtsfrage die Meinungsäußerungen der übrigen Civilsenate einholt?

Die hier gestellten Fragen sind von sämmtlichen Gerichten — von zwei noch zu erwähnenden Ausnahmen abgesehen — vollständig verneint worden. Es wird in mehreren Berichten darauf hingewiesen, daß eine Verschiedenheit der Rechtsprechung dadurch vermieden wird, daß die Sachen unter die einzelnen Senate nach Materien vertheilt sind (Berlin IV, VII, IX, Königsberg, Breslau Posen, Marienwerder, Darmstadt, Hamm), daß die Reichsgerichtsurtheile im Umlaufe sich befinden (Berlin VI, VII, X), daß die Anwälte die Entscheidungen anderer Senate in der Verhandlung erwähnen (Posen III, Cöln II, Königsberg III, Berlin X), daß durch die Mittheilung in besonderen Präjudiziensammlungen (Rheinisches Archiv, Blätter für Rechtspflege in Thüringen, Zeitschrift f. französ. Civilr. u. A.) wichtige Entscheidungen veröffentlicht werden (so Cöln, Jena, Karlsruhe) und endlich auf die Unmöglichkeit der Ausführung von Einrichtungen der in Frage XII erwähnten Art mit Rücksicht auf die Menge der Urtheile.[46])

Im Einzelnen ist aus den Berichten hierzu Folgendes zu erwähnen:

Karlsruhe.

Eine besondere Einrichtung zur Herbeiführung gleichmäßiger Rechtsprechung und zur Vermeidung widersprechender Entscheidungen der einzelnen Senate besteht nicht, insbesondere ist eine analoge Anwendung der Vorschrift in § 137 des G.V.G.'s nicht eingeführt. Die wichtigeren Entscheidungen des Gerichtshofes werden in den Annalen der Badischen Gerichte, in der Zeitschrift für französ. Civilrecht und in der Zeitschrift der badischen Anwaltskammer veröffentlicht und besprochen. Dadurch erhalten die einzelnen Senate gegenseitig Kenntniß von ihrer Rechtsprechung und es wird beim Vorkommen gleicher Rechtsfragen immerhin auf eine gleichmäßige Entscheidung in den verschiedenen Senaten möglichst hingewirkt. Auch finden unter den einzelnen Gerichtsmitgliedern zwanglose Besprechungen über derartige Rechtsfragen statt, wodurch jenem Zwecke gleichfalls eine gewisse Förderung zu Theil wird. Eine Einwirkung des Oberlandesgerichtspräsidenten, wie sie in Frage XII, lit. c näher bezeichnet ist, besteht bei dem Gerichtshofe nicht. Dieselbe würde der hierländischen Anschauung von der Stellung des Präsidenten wenig entsprechen und mit der Selbständigkeit der Senate kaum für verträglich erachtet werden.

Jena I.

zu a—c von Frage XII: Nein! Ist, da § 137 nur für das Reichsgericht und die obersten Landesgerichte gilt, nach § 195 des G.V.G.'s überhaupt ausgeschlossen.

[46]) Nach dem Berichte von Berlin IX sprechen einzelne Senate des Kammergerichts jährlich mehr als 300 Urtheile. Die Gesammtzahl der Urtheile dieses Gerichtshofes beträgt nach dem Berichte von Berlin XI nahe an 3000.

Cöln II.

— unter Verneinung der gesammten Frage —:

Wenn eine betreffende Entscheidung existirt, so wird selbige von den Anwälten meistens beim Vortrage der Sache angeführt und es geschieht dann deren Prüfung von dem erkennenden Senate in der betreffenden Berathungssitzung, mitunter nach persönlicher außeramtlicher Besprechung Einzelner mit einzelnen Mitgliedern des andern Senates. Die Entscheidung des erkennenden Senates ist immer eine selbständige und unabhängige.

Berlin IX

zu Punkt c von Frage XII.

Nein. Es wäre nach dem Bemerkten[47]) unmöglich, einer solchen Arbeit sich zu unterziehen, selbst wenn das Gesetz, was entschieden in Abrede genommen werden muß, eine solche Beeinflussung gestattete.

Breslau I

— — eine Maßregel ad c würde die Selbständigkeit der einzelnen Senate beeinträchtigen.

Stettin

zu Frage XII a—c.

Nichts der Art. Da bei der Berathung Niemand zugegen sein soll, hat auch Niemand hineinzureden.

Die oben angedeuteten Ausnahmen kommen bei den O.L.G. Frankfurt und Dresden vor. Der Frankfurter Bericht bejaht schlechthin Frage XIIb, ohne allerdings irgend welche Details hierüber anzugeben. Bei dem O.L.G. Dresden ist in Anlehnung an die Vorschrift in § 137 Abs. 1 des G.V.G.'s die Einrichtung getroffen, daß, wenn bei Beurtheilung einer Sache ein Senat von einer früheren Entscheidung eines andern Senates abweichen zu müssen glaubt, vor der Ertheilung der Entscheidung der Rechtsfall dem Präsidenten des O.L.G.'s zur Beschlußfassung darüber vorzulegen ist, ob die betreffende Rechtsfrage vorerst zur Berathung im Plenum der Civilsenate zu stellen sei. Letzterenfalls pflegt schriftliche Meinungsäußerung der Senate eingeholt zu werden. Der in der einzelnen Sache entscheidende Senat ist indessen bei der Entscheidung an den bezüglichen Plenarbeschluß formell nicht gebunden. Sämmtliche ausgearbeitete Urtheile werden daher dem Präsidenten des O.L.G.'s vor der Verkündung zur Durchsicht vorgelegt.

Frage XIII und Schluß.

Sind sonst über das Berufungsverfahren nach der C.P.O., irgend welche Erfahrungen

a) in günstiger

b) in ungünstiger Beziehung

gemacht worden?

[47]) Es war auf die große Zahl der Urtheile hingewiesen, vergl. oben Anm 46.

Der Vollständigkeit halber, um Einzelheiten, die nicht zum Gegenstande einer besonderen Fragstellung gemacht worden sind, zu erfahren, ist diese Frage aufgenommen worden, wiewohl man sich nicht verhehlt hat, daß ihre Beantwortung weniger eine objektive Darstellung des in der Praxis üblichen Verfahrens, als vielmehr eine — hier nicht beabsichtigte — Kritik der Gesetzgebung enthalte. Es ist daher auch durchaus erklärlich, daß ein großer Theil der Oberlandesgerichte es abgelehnt hat, auf diese Frage eine Antwort zu ertheilen. Indessen wird eine Mittheilung der von der Minderzahl der Gerichte ertheilten Antworten wohl von einigem Interesse sein.

I. Eine Anzahl Berichte spricht sich in nur günstigem Sinne aus.

So erwähnt der Bericht von Berlin VII, daß die Erfahrungen im Allgemeinen als günstige zu bezeichnen sind; nach dem Berichte von Breslau III ermöglichen die Vorschriften über das Berufungsverfahren eine sachgemäße Verhandlung und Entscheidung; ebenso Colmar (unter Verneinung von Punkt b) zu a): „das Verfahren ermöglicht eine schnelle und doch gründliche Erledigung der Sache"; nur günstige Erfahrungen sind gemacht worden in Breslau I, Cöln IV, Posen IV: „das Berufungsverfahren hat sich durchaus bewährt; vor vorzeitiger Revision des Gesetzes kann nicht nachdrücklich genug gewarnt werden." „Im Allgemeinen" werden die Erfahrungen als günstig bezeichnet von den beiden Berichten aus Marienwerder.[48])

II. Etwas abweichend hiervon lauten andere Berichte.

Der Bericht von Stettin beginnt zwar auch damit, daß „sich das Verfahren bewährt" und hebt hervor, „mehr zu sagen, sei nicht angebracht, da es leicht Dinge als besonders wichtig hervortreten lasse, die es nicht seien", fährt indessen fort:

> Geklagt wird darüber, daß so häufig die Vertagung der Termine im letzten Augenblicke beantragt wird, so daß viel Arbeit umsonst ist. In dem ersten Termine wird selten kontradiktorisch verhandelt (wenn überhaupt bis dahin die Berufung durch einen Schriftsatz begründet ist), oft auch nicht in dem zweiten oder dritten; doch fördert in der Regel jeder Termin einen Schriftsatz zu Tage. Nach diesen Erfahrungen kann man seine Erwartungen, ob verhandelt werden wird oder nicht, sowohl für die Bestimmung der Termine, wie für die Vorbereitung zu den Terminen einigermaßen einrichten.

Der Uebelstand der Vertagungen wird in vielen Berichten gerügt:

Posen III.

Die Schriftsätze werden nicht rechtzeitig eingereicht und dadurch unnöthiger Weise Vertagungen herbeigeführt.

---

[48]) Der Bericht von Hamm II bemerkt zu Frage XIII: Nein; vorausgesetzt wird hierbei, daß es sich nur um die Bestimmungen der C.P.O. handelt, welche speziell das Berufungsverfahen betreffen. Auch Braunschweig: besondere ungünstige Erfahrungen sind nicht gemacht. Cöln II: Die Berufung ist in wichtigen Sachen sowohl in faktischer als rechtlicher Beziehung nöthig, doch dürfte eine summa appellabilis nicht unzweckmäßig sein.

Hamm I.

Das Berufungsverfahren hat sich im Großen und Ganzen bewährt; es wird nur als ein besonderer Uebelstand empfunden, daß die Anwälte sich daran gewöhnt haben, die vorbereitenden Schriftsätze dem Gegner so spät zuzustellen, daß zahlreiche Terminsvertagungen nothwendig werden.

Hamm III zu der Frage, ob ungünstige Erfahrungen?

Der Parteibetrieb, daher die leidigen Vertagungen.

Cöln III ad Frage XIII a: nein

ad XIII b: die auf dem Parteibetriebe beruhende Terminsverschleppung geht durch alle Instanzen.

Darmstadt II.

Mißständig ist, daß die Parteien nicht genöthigt sind, vorbereitende Schriftsätze über die Berufungsbeschwerden zuzustellen und an dem bestimmten Tage zu verhandeln, vielmehr durch gemeinsame Anträge der Anwälte zahlreiche Terminsverlegungen veranlaßt werden.

Celle II.

Der Umstand, daß im Gegensatze zu § 205 der Hannöver'schen Prozeßordnung eine generelle Einlegung der Berufung gestattet ist, führt erfahrungsmäßig häufig zu unerquicklichen Verschleppungen des Rechtsstreites, weil durch verspätete Einbringung der Berufungsanträge Vertagungsanträge oft hervorgerufen werden.

Celle III.

Im Allgemeinen sind über das Berufungsverfahren nach der C.P.O. günstige Erfahrungen gemacht worden. Ungünstig wurde das Verfahren dadurch beeinflußt, daß

1) in häufigen Fällen eine Vertagung der Verhandlung stattfand, weil die Anwälte erklärten, noch keine Instruktion erhalten zu haben,
2) in Folge des Entlegenseins des Bezirks nur in seltenen Fällen die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien und das Stattfinden der Beweisaufnahme vor dem Kollegium stattfinden konnte.

Breslau V.

Ein großer Mangel liegt in der großen Absorbirung von Kräften durch die häufigen Vertagungen Seitens der Anwälte, welche dadurch größtentheils beseitigt würden, wenn ein Schriftenwechsel vor Anberaumung der Terminsverhandlung stattfände, wie im früheren Preuß. Verfahren.

Oldenburg.

Das Verfahren hat im Ganzen befriedigt, wünschenswerthe Aenderungen z. B. Erschwerung der Vertagungsbefugniß des § 205 der C.P.O. betreffen auch das Verfahren erster Instanz.

Berlin XI.

Unter andern ungünstigen Resultaten der C.P.O. sei nur auf die Vergeudung

der Arbeitskraft der in der Berufungsinstanz thätigen Richter hingewiesen, die dadurch entsteht, daß, nachdem Referent und Vorsitzender sich eingehend auf eine Verhandlung vorbereitet haben, diese nicht stattfindet, weil die Parteien vielfach nicht verhandeln bez. unmittelbar vor dem Termine einen neuen Termin beantragen, der dann nach der Geschäftslage erst 2—3 Monate später stattfindet, sodaß bei unveränderter Sachlage neue Vorbereitung nothwendig ist.

Berlin XII.

Häufige Vertagungen Seitens der Anwälte vermehren erheblich die Arbeitslast des Senates und verzögern die Entscheidung der Sachen.

Jena I zu XIIIa und b:

In beiden Beziehungen! Ein Hauptmangel ist, daß das Gericht kein geeignetes Mittel hat, unnöthigen Verzögerungen durch Nichtverhandeln von Seiten der Anwälte entgegen zu treten.

Königsberg II.

Das Berufungsverfahren nach der C.P.O. hat sich im Allgemeinen nach unsern Erfahrungen bewährt. Als besondere Uebelstände sind hervorgetreten:

a) der Mangel ausreichender Vorkehrungen gegen die — bei uns überaus häufigen — Vertagungen,

b) die Regelung der Einlegung des Rechtsmittels, durch welche in Verbindung mit dem Zustellungswesen der C.P.O. an die Vigilanz der Parteien — zumal der auf das Armenrecht angewiesenen — übermäßige Anstrengungen gestellt werden,[49]) und infolge der ohne Akteneinsicht zu gewährenden Terminsbestimmung eine sachgemäße Geschäftsvertheilung erschwert wird,

c) die verfehlte Gestaltung des Versäumnißverfahrens gegen den Berufungsbeklagten.

In verschiedenen Berichten wird außerdem noch darüber geklagt, daß den Parteien betreffs der Vorbringung neuer Thatsachen und Beweismittel zu große Freiheit gestattet ist.

Jena II.

Die beinahe schrankenlose Befugniß der Parteien, neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorzubringen, (S. 491 Abs. 1 der C.P.O.) ist bisweilen als ein Uebelstand empfunden worden.

Berlin II.

Es ist anzuerkennen, daß die Vorschriften der §§ 487, 491 Abs. 1, 493 der C.P.O. für die materielle Richtigkeit der zu erlassenden Entscheidung sehr erhebliche Garantien bieten. Andererseits haben diese Bestimmungen die ungünstige Wirkung, daß

[49]) Auch in einem Dresdner Berichte wird hervorgehoben, daß das Zustellungsverfahren mit seinem Formalismus kaum zu ertragen ist.

1. die Erledigung der Instanz verzögert wird, da in den meisten Fällen die Anwendung der §§ 252, 502 unzweckmäßig sein würde,
2. die Parteien, namentlich in wichtigen und schwierigen Sachen, in erster Instanz nur oberflächlich verhandeln und den Schwerpunkt der Verhandlung in die zweite Instanz verlegen.

Auch tritt der Uebelstand sehr fühlbar hervor, daß vielfach auf die Vereinbarung der Parteien oder wegen nicht rechtzeitiger Zustellung von Schriftsätzen vertagt werden muß und dadurch die Arbeitskraft des Gerichts in ungebührlicher Weise in Anspruch genommen wird. In sehr vielen Fällen erhält das Gericht von der Vereinbarung über die Aufhebung des Termins erst Kenntniß, wenn der Referent sich informirt und schriftlich votirt hat, oft auch dann, wenn auch der Vorsitzende sich informirt hat.

Aus Dresden werden als Uebelstände erwähnt die vielen Vertagungen, die Abhängigkeit der Anwälte von den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten — da sie fast durchgängig nur mit den letzteren, nicht mit den Parteien selbst correspondiren —, der „wüste Schriftenwechsel, der an die schlimmsten Zeiten des schriftlichen Verfahrens erinnert" und die Langweiligkeit der — bisweilen geradezu als „Lesestunden" bezeichneten — Berufungsverhandlungen; doch wird auch hier hervorgehoben, daß bei vernünftiger Handhabung mit dem Berufungsverfahren gut auszukommen ist. Aehnlich auch Kiel: Im Allgemeinen sind die Mängel der C.P.O., wie sie bereits in verschiedenen Zeitschriften hervorgehoben sind, auch hier gefühlt; doch kann man sagen, daß bei geschickter Sachbehandlung Seitens der Rechtsanwälte und des Vorsitzenden mit der C.P.O. ganz gut auszukommen ist.

In eingehender Weise sprechen sich die Berichte von Berlin IV, VI und Karlsruhe aus.

Berlin IV.

Ungünstige Erfahrungen sind hervorgetreten:

a) in Beziehung auf das Zustellungswesen. Der große Formalismus der C.P.O. hat noch jetzt, obschon ihre Vorschriften längst bekannt sind, öfters zur Folge, daß die Berufungsfrist versäumt wird, oder die Berufung wirkungslos ist.
b) Sehr nachtheilig wirkt die unbegrenzte Freiheit der Anwälte, das Verfahren ruhen zu lassen und Verhandlungstermine zu frustriren. Die Dauer der Prozesse, selbst in zweiter Instanz wird dadurch vergrößert und viele Mühe ist vergeblich.
c) Weit schlimmer scheint die Beseitigung der Eventualmaxime. Gerade in zweiter Instanz suchen die Parteien noch alles Mögliche an Thatsachen und Beweismitteln ausfindig zu machen und zu verwerthen, weil sie wissen, daß es später nicht mehr geht. Da die Eventualmaxime nicht mehr gilt, so geben sie sich häufig auch wenig Mühe, alles sofort vorzubringen und die Folge ist, daß sie immer mit neuen Behauptungen

und Beweismitteln hervortreten. Die Anwendung der §§ 252 und 502 erscheint selten zweckmäßig.

d) In manchen Fällen erweist es sich als sehr mißlich, daß die Zurückweisung in die Instanz durch die §§ 500, 501 der C.P.O. sehr beschränkt ist. Hat z. B. der erste Richter auf Grund von Einwendungen des Vergleichs, des Schiedsvertrags und dergl. eine Klage abgewiesen, so wird im wesentlichen der ganze Rechtsstreit in die zweite Instanz verlegt, wenn der Berufungsrichter dieselben nicht für begründet hält; den Parteien geht eine Instanz verloren.

e) Mißlich erscheint auch das Versäumnißverfahren gegen den Berufungsbeklagten (§ 504 Abs. 2 der C.P.O.) insofern, als der Einspruch unbeschränkt zulässig ist. Die auf das Versäumnißurtheil verwendete Arbeit ist infolgedessen oft vergeblich und sie erscheint um so nutzloser, als auf eine in zweiter Instanz erfolgte Beweisaufnahme nicht einmal Rücksicht genommen werden darf.

Berlin VI.

Ueber das Berufungsverfahren nach der C.P.O. sind bei dem Kammergericht überwiegend ungünstige Erfahrungen gemacht worden. Ich hebe in dieser Beziehung hervor:

a) Trotz der langen Zeiträume, die zwischen den einzelnen Verhandlungsterminen liegen, finden sehr zahlreiche Terminsverlegungen und Frustrirungen von den Terminen statt. Es gehört nicht zu den Seltenheiten, daß größere Sachen erst im zweiten und dritten Termine zur Verhandlung gelangen. Die dadurch herbeigeführte Arbeitsvergeudung ist nach einer genauen, ein volles Geschäftsjahr hindurch fortgesetzten täglichen Schätzung auf mehr als ein Drittel der Gesammtarbeit des Senats zu veranschlagen. Die Mittel, welche zur Verfügung stehen, um die Anwälte wenigstens zu einer rechtzeitigen Anzeige, daß im bevorstehenden Termine nicht verhandelt werden solle, zu veranlassen, haben ein erhebliches Ergebniß nicht gehabt.

b) Von der Möglichkeit, neue Thatumstände und Beweismittel nachzubringen, wird seitens der Parteien ein sehr umfangreicher Gebrauch gemacht.

c) Es hat sich der schwerwiegende Uebelstand herausgestellt, daß beim Kammergericht zugelassene Anwälte die Information für das Berufungsverfahren nicht unmittelbar von der Partei erfordern und daß sie ungenügenden Parteibehauptungen durch eigene Erfindungen nachhelfen. Das führt zu vielen umfangreichen, aber völlig ergebnißlosen Beweisaufnahmen. Nicht selten stellt sich heraus, daß die Partei gar nicht Willens gewesen ist, irgend eine zu großen Beweisaufnahmen führende thatsächliche Behauptung aufzustellen. Es ist darum eine in unserem Senate feststehende

Anschauung, daß bei unmittelbarer Befragung der Parteien viele Prozesse rascher und sachgemäßer entschieden werden würden.

d) Nach der Meinung der Mitglieder des Senats empfiehlt es sich an Stelle des Parteieneides, bei dessen Feststellung die unter lit. c angedeuteten Uebelstände sich besonders fühlbar machen, die eidliche Vernehmung der Parteien zu setzen.

Günstige Erfahrungen haben wir bei einer umfangreichen Anwendung der Bestimmungen, betreffend die Zwischenurtheile und Theilurtheile gemacht.

Zur besseren Würdigung der von mir wiederholt hervorgehobenen Ueberlastung der Senate des Kammergerichts gestatte ich mir mitzutheilen, daß wir in jeder Woche zwei Sitzungen halten, deren Tagesordnungen ohne Ausnahme mit 9 bis 12 Verhandlungen besetzt sind; dazu tritt noch jeden Monat eine mit einer Anzahl besonders umfangreicher Sachen bedachte außerhalb des Geschäftsplans liegende Sitzung.

Karlsruhe.

Hier glauben wir auf Grund unserer Erfahrungen und im Hinblick auf die bevorstehende Revision der C.P.O. noch Folgendes hervorheben zu sollen:

a) Als ein großer Mißstand werden diesseits die häufigen durch die Anwälte herbeigeführten Terminsvertagungen beklagt, wodurch die Prozesse verschleppt werden und für die Richter eine doppelte Mühe der Vorbereitung erwächst. Dem Mißstande ist freilich schwer abzuhelfen. Oft mag die Vertagung auf verspäteter, trotz eifriger Bemühung der Anwälte, nicht zu erlangender Information beruhen; oft aber ist sie die Folge gegenseitiger Connivenz der Anwälte, womit die Parteien selbst keineswegs einverstanden sind. Es könnte daher vielleicht die Frage erwogen werden, ob es nicht zweckmäßig wäre, die Parteien durch das Gericht von den Verlegungen in Kenntniß zu setzen, damit sie geeigneten Falles ihre Maßnahmen treffen könnten, wie dies für den Fall des Ausbleibens beider Vertreter in der badischen Prozeßordnung vorgeschrieben war.

b) Es wird für zweckmäßig erachtet, die Zustellung der Urtheile an die Parteien von Amtswegen vorzuschreiben, um zu verhüten, daß Parteien über den Ausgang des Rechtsstreites in der Instanz möglicher Weise ohne Nachricht bleiben und bei den weitgehenden Befugnissen des Anwaltes Rechtsmittel gegen ihren Willen eingelegt werden können.

c) Die Bestimmung des § 489 der C.P.O., wonach eine Aenderung der Klage in der Berufungsinstanz selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft ist, wird als unzweckmäßig empfunden in Fällen, wo zwar eine Klagänderung in der That vorliegt, der Gegner aber derselben im Interesse der Sache und der Vermeidung von Prozessen nicht entgegentreten will.

d) Nach der Judikatur des Reichsgerichts bezüglich der §§ 276 und 500 Abs. 1, Ziff. 3 der C.P.O. ist nicht nur in dem Falle, wenn in

erster Instanz über den Klaganspruch unbeschränkt verhandelt wurde, sondern auch, wenn dort die Verhandlung auf den Grund beschränkt blieb, das die Klage abweisende Urtheil als ein eigentliches Endurtheil über den ganzen Klaganspruch anzusehen, sodaß durch die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung die Streitsache ihrem vollen Umfange nach in die zweite Instanz devolvirt ist und folgeweise das Berufungsgericht, sobald es im Gegensatze zum Gericht erster Instanz den Anspruch seinem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, auch über den Schadensbetrag verhandeln und entscheiden muß. — Man hält es für wünschenswerth, daß dem Gesetze eine Fassung gegeben werde, wodurch der zweite der oben bezeichneten Fälle als eine Vorabentscheidung erklärt würde und danach das Berufungsgericht im Falle eines abändernden Urtheils die Sache an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen hätte.

Eine Rückkehr zur reinen Schriftlichkeit wird wohl grundsätzlich Niemand wünschen. Andererseits dürfte die vor 1879 vielfach geäußerte Begeisterung für das Mündlichkeitsprinzip doch erheblich nachgelassen haben. Daß Uebelstände bei Anwendung des Grundsatzes der Mündlichkeit auf das Berufungsverfahren zu Tage getreten sind — in dem es ungeachtet der Vorschrift des § 491 Abs. 1 der C.P.O. auch jetzt noch sehr viel auf eine Nachprüfung des erstinstanzlichen, in dem Thatbestande und in den Beweisprotokollen bereits fixirten Streitstoffs in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung ankommt — wird wohl Niemand ernstlich in Abrede stellen können. Eine derartige gründliche Nachprüfung wird in vielen Fällen nicht auf Grund des Vortrages in der mündlichen Verhandlung vom Kollegium vorgenommen werden können. Auch soweit neue Beweise in zweiter Instanz erhoben werden, ist — da sich schon mit Rücksicht auf die Größe der Oberlandesgerichtsbezirke unmittelbare Beweiserhebung vor dem Kollegium meist verbietet, vielmehr letztere vielfach durch den ersuchten Richter stattfinden muß — der Vortrag der Beweisprotokolle wohl das ungeeignetste Mittel, um die Mitglieder des Kollegiums über die Beweisergebnisse zu informiren. Soll dieser Vortrag ein erschöpfender sein, so läuft er auf ein Vorlesen hinaus. Wie nutzlos, geisttödtend und ermüdend ein derartiges Vorlesen ist, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden; es kann in dieser Beziehung durchaus auf die zutreffenden Bemerkungen von Wach (die civilprozessualische Enquête, Ergänzungsheft zu Bd. 11 der deutschen Civilprozeß, Bd. 11 S. 85 flg., und Vorträge S. 249 Anm. ** 2. Aufl.) verwiesen werden.

Auch ohne eine Abänderung des Gesetzes würden viele Klagen verstummen, wenn die Oberlandesgerichte sich entschließen würden, die von Wach in seinen Vorträgen (jetzt S. 349 flg. der 2. Aufl.) vertheidigte Ansicht zu befolgen, daß der Prozeßstoff der unteren Instanz als solcher Prozeßstoff der oberen Instanz ist und daß der Parteivortrag nicht zur wesentlichen Erscheinungsform des erstinstanzlichen Prozeßstoffes, sondern nur zum Informationsmittel des Kollegiums über

den vorhandenen Prozeßinhalt gemacht wird. Ob das Reichsgericht an seiner strengen entgegengesetzten, im Jahre 1881 ausgesprochenen Ansicht (Entscheidungen in Civils., Bd. 4 S. 368 flg.) auch jetzt noch festhalten würde, wäre abzuwarten. Zum Mindesten könnten sich die Berufungsgerichte in den Sachen, deren Werth nicht über 1500 ℳ beträgt, von einem unerträglichen Mündlichkeitsformalismus emancipiren und die Verhandlung freier als jetzt vielfach geschieht gestalten.

Will man indessen an eine Aenderung des Gesetzes herantreten, so würde zu erwägen sein, ob nicht verschiedene Bestimmungen der Oesterreichischen Civilprozeßordnung den Vorzug vor denjenigen der deutschen Civilprozeßordnung verdienen. Hierzu würden zu rechnen sein die Bestimmungen in § 486 der Oesterr. C.P.O., nach denen die mündliche Verhandlung mit dem Vortrage eines Mitgliedes des Berufungssenats als Berichterstatter beginnt, der mit Hülfe der Prozeßakten den Sachverhalt und den bisherigen Gang des Rechtsstreites, soweit dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit des angefochtenen Urtheils und der Berufungsgründe erforderlich ist, dann das Wesentliche der von den Parteien im Berufungsverfahren erstatteten Schriften darzulegen und die sich hieraus ergebenden Streitpunkte zu bezeichnen hat; hieran schließt sich eine Verlesung der Anträge der Parteien und des durch die Berufung getroffenen Theils des erstinstanzlichen Urtheils sammt den Entscheidungsgründen, worauf die Parteien mit ihren Vorträgen gehört werden. Sehr viel scheint für sich zu haben sodann die Vorschrift in § 492 der Oesterr. C.P.O., nach welcher die Parteien auf die Anordnung einer Tagsetzung zur mündlichen Verhandlung verzichten können, vorbehältlich des Rechts des Gerichts, wenn es ihm erforderlich erscheint, eine mündliche Verhandlung anzuordnen; in der That ist eine mündliche Verhandlung in den Fällen, in denen keine Partei in thatsächlicher Beziehung etwas Neues vorbringen kann, beinahe zwecklos und es wird jedes berechtigte Interesse der Parteien durch die Vorschrift im dritten Satze des § 492 der Oesterr. C.P.O. gewahrt, nach welchem die Berufungsschrift hier auch Rechtsausführungen und Darlegungen über Thatsachen und Beweise enthalten kann. Auch zeichnet sich die Bestimmung in § 465 der Oesterr. C.P.O. über die Einlegung der Berufung[50]) vortheilhaft vor dem complicirten Zustellungsformalismus der Deutschen Civilprozeßordnung aus.

Ob dem in sehr vielen Berichten getadelten Unwesen der Vertagungen abgeholfen werden kann, ist schon schon vielfach mit Beziehung auf das erstinstanzliche Verfahren erörtert worden und braucht daher hier nicht näher untersucht zu werden.

[50]) § 465 lautet: Die Berufung wird durch Ueberweisung eines vorbereitenden Schriftsatzes (Berufungsschrift) bei dem Prozeßgericht erhoben.

An Orten, an denen nicht wenigstens zwei Advokaten ihren Sitz haben, können die Berufungsschriften durch entsprechende Erklärungen zu gerichtlichem Protokolle ersetzt werden, die der Mitwirkung eines Advokaten nicht bedürfen.

Das öffentliche Interesse und die Staatsanwaltschaft im Eheprozeß.

Von Landgerichtsrath Dr. von Feilitzsch in Zwickau.

Ohne Ehe keine Familie, ohne Familie kein Staat. In der Familie, der untersten der gesellschaftlichen Gruppenbildungen, aus denen sich der Gesammtorganismus des Staats zusammensetzt, spiegelt sich bereits sein Wesen im Kleinen wieder. Wenn er selbst gedeihen will, darf er deßhalb die Ehe, obschon sie auf wechselseitiger Einwilligung der Ehegatten beruht, nicht als einfachen obligatorischen Vertrag behandeln und der Privatwillkür überlassen. Wird er zu dieser Auffassung in erster Linie durch volkswirthschaftliche und politische Anforderungen gedrängt, so steht sie doch auch zugleich mit der moralischen und religiösen Gesammtanschauung des deutschen Volks im Einklang, das in der Eheschließung eine freiwillige Beschränkung der individuellen Freiheit, in der Ehe eine sittliche und rechtliche Ordnung, in der durch die Ehe begründeten Pflicht eine objektive, aus der Einrichtung der Ehe entspringende Folge erblickt.[1]) Die Ehe als Rechtsgebilde fällt somit nicht nur in das Gebiet des privaten, sondern auch in das des öffentlichen Rechts.[2]) Demgemäß kommt die Ehe zu Stande unter Mitwirkung des Staats; sie wird ausschließlich durch den Staat aufgelöst; der Staat ist das allein zur Auflösung der Ehe gegenüber den Ehegatten verpflichtete Subjekt.[3])

Andererseits würde der Staat selbst sein Wachsthum hindern, fesselte er in privatrechtlicher Hinsicht die freie Willensbethätigung der Ehegatten als solcher allzu straff. Denn die Ehe ist das zarteste und vielseitigste Rechtsverhältniß. Sie widerstrebt schon um deswillen dem Zwange von Außen her, weil sie ihre Kraft aus dem Innersten des menschlichen Wesens schöpft. Ist die Einheit des Denkens, Fühlens und Wollens in der Ehe geschwunden, so werden staatliche Zwangsmittel, mögen sie in Einschränkung der Scheidungsgründe, Androhung von Strafen bei Weigerung der Ehefortstellung, Festsetzung von irgendwelchen Nachtheilen im Falle der Ehetrennung u. s. w. bestehen, wenn überhaupt, so nur geringen Erfolg haben.

Derartige gegensätzliche Erwägungen werden den Gesetzgeber auch bei Ausgestaltung des Eheprozeßrechts leiten. Jenachdem er die öffentlichrechtliche Seite der Ehe mehr oder weniger betont als die privatrechtliche, wird er die Grenzen ziehen, innerhalb deren er sich als Partei oder Gehilfe einer Partei an den Ehestreitigkeiten betheiligt. Im allgemeinen jedoch geht der auf Entwickelung der Freiheit der Person gerichtete Zug der Gegenwart dahin, diese staatliche prozessuale Mitwirkung möglichst einzudämmen, zumal ja der Staat schon durch seine Organe, wenngleich diese unabhängige Richter sind, prüft und entscheidet, ob seine Verpflichtung, die Ehe aufzulösen, entstanden sei oder nicht.

---

[1]) Motive zum 1. Entwurf eines B.GB.'s f. d. Deutsche Reich 4, 562.

[2]) Friedberg, Lehrbuch des kath. und evang. Kirchenrechts § 187.

[3]) Lobe im Sächs. Archiv 1896, 665 flg.

Abweichend hiervon stellte der Bundesrathsentwurf zur C.P.O. den Grundsatz der obligatorischen Mitwirkung der Staatsanwaltschaft am prozessualen Verfahren in Ehesachen auf (§ 545, jetzt 569)[4]) jedoch mit der Maßgabe, daß die Staatsanwaltschaft blos in Rechtsstreitigkeiten, die die Nichtigkeitsklage zum Gegenstande haben, die Rolle einer Partei übernehmen und zur Einlegung von Rechtsmitteln befugt sein solle. Die Motive bemerken hierzu[5]): Das öffentliche Interesse bedürfe einer Vertretung; mit Rücksicht auf die thunlichste Reinhaltung des richterlichen Amtes von inquisitorischer Thätigkeit müsse sie der Staatsanwaltschaft übertragen werden; die Staatsanwaltschaft habe, abgesehen von der Nichtigkeitsklage, die Stellung eines defensor matrimonii den Parteien gegenüber zu bekleiden sowie die Ermittlung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern; zu dem Zwecke dürfe sie Erkundigungen über die wahre Sachlage einziehen und das Ergebniß dem Gericht unterbreiten.

In der Justizkommission und im Reichstage[6]) herrschte darüber Einverständniß, daß bei der Nichtigkeitsklage das öffentliche Interesse wesentlich im Spiele sei und demzufolge für diese ein besondres staatliches Organ, wozu sich die Staatsanwaltschaft am besten eigne, bestellt werden müsse. Die einschlagenden Vorschriften des Entwurfs (§ 560 flg., jetzt 585 flg.) sind deshalb ohne bedeutende Abänderung Gesetz geworden.

Dagegen entbrannte in der Justizkommission über die weitere Betheiligung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen ein lebhafter Kampf. Für die obligatorische Mitwirkung wurden in der Hauptsache folgende Gründe vorgebracht:

1. Der Staat müsse darauf bedacht sein, daß die Ehen möglichst aufrecht erhalten und nicht auf Grund erdichteter Thatbestände und unerlaubter Uebereinkunft der Parteien geschieden würden;

2. Zur Vornahme der in dieser Hinsicht nöthigen Erörterungen sei allein der Staatsanwalt die passende Person, nicht der Richter, der, im Falle er inquisitorisch verfahre, in eine schiefe Stellung gerathe;

3. In Preußen, Baden und anderwärts sei die Mitwirkung des Staatsanwalts in Ehesachen zwar beschränkt, aber immerhin von Nutzen gewesen; stelle man ihn freier und selbstständiger als bisher, so werde sich auch seine Thätigkeit noch gedeihlicher erweisen.

Die Gegner bestritten die Richtigkeit des ersten Satzes nicht, waren indessen der Meinung, die vom Entwurf für den Eheprozeß vorgesehene Instruktionsmaxime (E. § 554) genüge zur Wahrung des öffentlichen Interesses. Der Richter werde bei sachgemäßer Handhabung derselben etwaige Versuche der Parteien, die Wahrheit zu verdunkeln und vermöge einfacher Uebereinkunft zur Ehescheidung zu gelangen, ebenso gut durchschauen und hintertreiben wie der Staatsanwalt. Ueberhaupt be-

[4]) Hahn, Materialien z. C.P.O. 2. Aufl. S. 1468.

[5]) das. S. 399.

[6]) Zu d. Folg. s. das. S. 748, 1012, 1123, 1172, 1186, 1205, 1227.

kunde die Forderung, daß der Staatsanwalt mitwirken müsse, ein völlig ungerechtfertigtes Mißtrauen gegen die Befähigung des Gerichts. Inquisitorisch solle weder von diesem noch auch vom Staatsanwalt in Ehesachen verfahren werden; geschehe dies seitens des Staatsanwalts, so liege die Gefahr eines unliebsamen, unter Umständen sogar gehässigen Eindringens in Familienverhältnisse durch ihn oder seine Organe noch weit mehr vor. Hinzukomme, daß nach den in Preußen, Bayern, Württemberg und in anderen Bundesstaaten gemachten Erfahrungen die Betheiligung der Staatsanwaltschaft unnütz sei.

Die Abstimmung führte in 1. Lesung zur Streichung des E. § 545, hingegen zur Erweiterung des § 554, jetzt 577. In der 2. Lesung wurde § 557a, jetzt 581, der dem Gericht zur Aufrechterhaltung der Ehe die Befugniß ertheilt, von den Parteien nicht vorgebrachte Thatsachen zu berücksichtigen und von amtswegen die Aufnahme von Beweisen anzuordnen, eingeschaltet, weil nach dem Wegfalle von § 545 es angezeigt erscheine, die Offizialthätigkeit des Gerichts auszudehnen. Bei der Revision der 2. Lesung ging aber ein Antrag des Abg. Struckmann und Gen., die fakultative Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Eheprozesse zuzulassen, durch, obschon gegnerischerseits darauf hingewiesen wurde, daß § 557 a dem öffentlichen Interesse genüge, daß es doch nicht folgerichtig sei, die Betheiligung, wenn man sie einmal für nöthig erachte, in das Belieben des Staatsanwalts zu stellen, und daß alsdann eine sehr verschiedene Behandlung der Ehesachen in den einzelnen Bundesstaaten Platz greifen würde. Demgemäß gelangte § 545, gleichlautend mit dem jetzigen § 569, wonach der Staatsanwalt allen Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht sowie einem beauftragten oder ersuchten Richter beiwohnen, sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen kann und wonach er ferner von allen Terminen von amtswegen in Kenntniß gesetzt werden muß, zur Annahme. Außerdem wurde auch § 557 a beibehalten. Hierbei blieb es trotz der Bemühungen des Bundesraths, die Vorlage wieder herzustellen, und der Reichstag stimmte der Justizkommission zu.

Hervorhebung verdient, daß somit nach der Civilprozeßordnung schlechthin der Grundsatz der nur *fakultativen* Betheiligung der Staatsanwaltschaft nicht allein bei der Ehescheidungs-, Ungültigkeits- und Ehefortstellungsklage, sondern auch bei der Nichtigkeitsklage (§ 586 „kann auch") gilt und daß es den einzelnen Bundesstaaten anheimsteht, je nach ihrem Bedarf das Maß dieser Betheiligung sei es durch Gesetz, sei es durch Verordnung zu regeln.

Im Königreich Sachsen ist letzteres lediglich betreffs der Nichtigkeitsklage geschehen. Ermächtigen die §§ 586 und 589 C.P.O. den Staatsanwalt, die Nich-

[7]) in Sachsen: einer der im R.G. v. 6/2 1875 § 33 Z. 1—4 erwähnten Grade von Verwandtschaft, Adoptivverwandtschaft und Schwägerschaft sowie schon bestehende Ehe eines der Eheschließenden, § 3 des sächs. Gesetzes v. 5. Nov. 1875. Nach dem deutschen B.G.B. § 1323—1328 z. T. anders.

tigkeitsklage, die auf Anfechtung einer Ehe aus einem auch von amtswegen geltend zu machenden Grunde[7]) abzielt (§ 592), ebenso selbstständig wie die nach dem bürgerlichen Recht hierzu Befugten zu erheben und, auch dafern er sie nicht erhoben hat, den Rechtsstreit zu betreiben, insbesondere Anträge zu stellen und Rechtsmittel einzulegen, so verfügt § 2 des sächsischen Gesetzes vom 4. März 1879 ergänzend, daß die Erhebung der Nichtigkeitsklage der Staatsanwaltschaft obliegt und überdies einem jeden der betheiligten Ehegatten zusteht, in dem Falle aber, wenn der Ehemann die Staatsangehörigkeit im Königreich Sachsen nicht besitzt oder erst nach Eingehung der Ehe erworben hat, die Klagerhebung durch die Staatsanwaltschaft an die Anordnung des Justizministeriums gebunden ist. Die offenbar nicht absichtslose Wahl des Wortes „obliegt“ und dessen Gegenüberstellung zu dem späteren „zusteht“ bekunden deutlich, daß diese Vorschrift den Staatsanwalt verpflichten, außerdem aber jeden der betheiligten Ehegatten berechtigen will, die Nichtigkeitsklage zu erheben, sobald deren materielle Voraussetzungen gegeben und bez. bekannt sind.[8]) Nach dem Sinne des Gesetzes, wie ihn auch die Praxis auffaßt, ruht indessen die Klagverpflichtung (nicht die Klagberechtigung) der Staatsanwaltschaft, sofern ein Ehegatte ihr mit der Klagerhebung zuvorkommt, während der Dauer seiner Anspruchsverfolgung; sonst würde eine in der Regel unnütze Klagenhäufung Platz greifen. Das entspricht den obwaltenden Bedürfnissen. Denn die impedimenta directa publica berühren das öffentliche Interesse in so hohem Grade, daß der Fortbestand der davon betroffenen Ehe nicht dem privaten Belieben überlassen werden kann. Andere gesetzliche oder instruktionelle Vorschriften sind im Königreich Sachsen für das Verhalten der Staatsanwaltschaft im Eheprozesse nicht aufgestellt worden, sicherlich im Vertrauen darauf, daß schon ihr pflichtmäßiges Ermessen eine zuverlässige Richtschnur für Art und Maß der Mitwirkung abgeben werde.

Wohl aus dem gleichen Grunde haben auch u. a. in Preußen, Bayern, Württemberg[9]) und Baden die Justizministerien von Erlaß derartiger Anweisungen an die Staatsanwaltschaft abgesehen.

Hat sich nun diese Normirung der eheprozessualen Zuständigkeit und Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in der Praxis bewährt?

Eine erschöpfende Beantwortung der Frage für ganz Deutschland wäre blos möglich, stünde hierfür eine eingehende Reichsstatistik zu Gebote. In Ermangelung deren dürfte es immerhin nicht uninteressant und zwecklos sein, die Geschäfte eines

---

[8]) So auch v. Wilmowski und Levy, Komm. zur C.P.O. § 586 N. 2. Irrig Grützmann, Lehrbuch des K. Sächs. Privatr. § 195 N. 2: „Danach kann die Nichtigkeitsklage .... auch vom Staatsanwalt erhoben werden.“

[9]) § 35 der Württ. Just. Min. V.O. v. 30. Sept. 1879 betr. die Dienstvorschriften für die St.A. besagt nur: „die Staatsanwaltschaft wird von den ihr durch § 569 der C.P.O. eingeräumten Befugnissen jedenfalls dann Gebrauch zu machen nicht unterlassen, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt.“

einzelnen Landgerichts und der Staatsanwaltschaft bei diesem auf eine längere Spanne Zeit hin in der bezeichneten Richtung genauer zu prüfen. Stimmen die Ergebnisse mit den bei einer Reihe anderer Landgerichte und Staatsanwaltschaften, etwa sämmtlicher eines Bundesstaats, und sonstigen Orts gewonnenen Erfahrungen überein, so wird sich daraus wenigstens mit einiger Wahrscheinlichkeit ein Schluß auf den gleichen Zustand im übrigen Reichsgebiet ableiten lassen.

Im Folgenden soll darum von einer aktenmäßigen Uebersicht der von dem Landgericht Zwickau und der Staatsanwaltschaft daselbst in dem fünfjährigen Zeitraum 1892—1896 entwickelten Wirksamkeit ausgegangen worden.

Es waren hier (vergl. hierzu die Tabelle Seite 182)

Im Gange waren also von 1892—1896 insgesammt 1721—707 = 1014 Eheprozesse. In den im Jahre 1896 anhängig gewesenen sind 570 Verhandlungen erster Instanz abgehalten worden, darunter 333 contradiktorische. Auf den ganzen fünfjährigen Zeitraum entfallen ca. 2400 Verhandlungen, eine Zahl, die noch beträchtlich höher sein würde, wäre der Rechtszug nicht so schleunig gewesen z. B. hat die Urtheilsverkündung meist nicht in einem besonders hierzu anberaumten Termine stattgefunden. Außerdem haben ersuchte Richter eine Menge Beweisaufnahmen erledigt. Von allen diesen Terminen war gemäß § 569 Abs. 2 der C.P.O. die Staatsanwaltschaft zu benachrichtigen und ist in der That, mit Ausnahme weniger versehentlicher Unterlassungen, gehörig benachrichtigt worden. Demzufolge mußten die Akten ca. 2400 Mal von dem Gerichtsschreiber der Kammer für Ehesachen der Staatsanwaltschaft übersendet, hier von dem betreffenden Expedienten in Empfang genommen, dem Staatsanwalt vorgelegt, von diesem auf ihren Inhalt durchforscht und sodann auf dem umgekehrten Wege zurückbefördert, bei auswärtigen Beweisaufnahmen aber die Terminsbenachrichtigungen der Staatsanwaltschaft durch Zustellungsurkunden vermittelt werden. Seit dem 1. Januar 1896 kommt dazu noch die im Prozeßregisterformular vorgesehene Verlautbarung des Aktenaus- und eingangs seitens des Gerichtsschreibers. In allen erwähnten Terminen jedoch — einen einzigen ausgenommen, worin es sich zudem nicht sowohl um eine eherechtliche Frage, als vielmehr um die Beseitigung von Zweifeln an der Legitimation eines Zustandsvormunds handelte — ist die Staatsanwaltschaft ausgeblieben. In keiner der sämmtlichen anhängigen Sachen auch, mit Ausnahme der einzigen von ihr im Jahre 1896 erhobenen Nichtigkeitsklage, hat sie Anträge gestellt, zur Aufrechterhaltung der Ehe neue Thatsachen oder Beweismittel vorgebracht oder überhaupt Erörterungen gepflogen. Soweit Bestrebungen der Parteien oder Zeugen erkennbar geworden sind, die Wahrheit zu verschleiern und durch Uebereinkunft die Eheauflösung zu erreichen, ist allein das Gericht nach §§ 577, 579 u. 581 der C.P.O. eingeschritten.

Dagegen haben Vorlegung und Einsicht der Eheakten der Staatsanwaltschaft nach einer anderen Richtung hin einige Anregung geboten. Insofern die Klagen auf noch ungesühnte strafbare Handlungen gegründet waren oder die Beweisauf-

Klagen auf	anhängig					davon wurden beendet																					blieben unerledigt				
						in erster Instanz										in zweiter					in dritter	zusammen									
						durch Urtheil					ohne Urtheil																				
	1892	1893	1894	1895	1896	1892	1893	1894	1895	1896	1892	1893	1894	1895	1896	1892	1893	1894	1885	1896	1892—1896	1892	1893	1894	1895	1896	1892	1893	1894	1895	1896
Nichtigkeit der Ehe	1	—	—	—	1*)	1	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	—	1
Ungültigkeit (Aufhebung) der Ehe	2	2	4	5	8	2	—	2	2	4	—	—	—	—	2	—	—	—	—	—	—	2	—	2	2	6	—	2	2	3	2
Ehescheidung	203	201	210	217	310	124	96	109	65	155	19	17	21	18	18	1	2	2	5	3	—	144	115	132	88	176	59	86	78	129	134
Herstellung des ehelichen Lebens	114	114	121	106	102	62	52	60	31	48	19	5	15	35	12	—	—	3	1	3	—	81	57	78	67	63	33	57	43	39	39
zusammen	320	317	335	328	421	189	148	171	98	207	38	22	36	53	32	1	2	5	6	6	—	228	172	212	157	245	92	145	128	171	176

*) nur diese, wegen Doppelehe ist von der Staatsanwaltschaft erhoben worden.

nahmen solche beanzeigten, konnten bisweilen den Schriftsätzen und Protokollen Notizen zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen die Schuldigen entnommen werden. In Betracht kamen hierbei aber fast ausschließlich Lebensnachstellungen und Mißhandlungen (§§ 1735, 1736 des B.G.B.'s), soweit sie sich begrifflich mit den Körperverletzungen in § 223 a flg. des St.G.B.'s deckten, sowie Meineid und fahrlässiger Falscheid. Bezüglich dieser gingen überdies von den Verletzten oder der Polizei regelmäßig besondere Anzeigen ein, sodaß die Staatsanwaltschaft auch ohne Kenntniß jenes Akteninhalts rechtzeitig zur Strafverfolgung im Stande gewesen sein würde.

Ebenso passiv hat sich die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Dresden betreffs der in die Berufungsinstanz gelangten Ehesachen verhalten.

Aus diesem statistischen Rahmen tritt, vervollständigt durch eigene und fremde, staatsanwaltschaftliche wie richterliche Wahrnehmungen, ein vom Gesetzgeber nicht erwartetes Bild hervor:

Das öffentliche Interesse heischt im Eheprozesse eine Vertretung des Staats neben dem Gericht nur bei der Nichtigkeitsklage und selbst da blos aushülfsweise d. h. dafern die Klage nicht von einer Civilpartei erhoben wird. Im übrigen genügt die Offizialthätigkeit des Gerichts nach §§ 577, 579 und 581 der C.P.O. vollkommen zur Wahrung desselben.

Wer, wie der Abg. Reichensperger in der Justizkommission[10]), einseitig vom katholisch-konfessionellen Standpunkt aus die durch ihren sakramentalen Charakter bedingte Unauflöslichkeit der Ehe betont und mangels Betheiligung des Staats im Eheprozesse das Emporwuchern ähnlicher Zustände befürchtet, wie „in Frankreich zur Revolutionszeit geherrscht hätten, wo man die Ehe als einen gewöhnlichen Gesellschaftsvertrag angesehen habe — Zustände, denen durch Napoleons Weisheit ein Ende gemacht worden sei", der verkennt nicht allein die Grundlage der Ehe, die in einer Willenseinigung der Eheschließenden besteht, sondern zugleich die Bedürfnisse des modernen Staats. Bricht die Einheit des Willens der Ehegatten endgültig zusammen, so stürzt das ganze darauf ruhende Gebäude der Ehe und der Familie nach. Eine morsche Ehe um jeden Preis aufrecht zu erhalten, entspricht meist ebensowenig dem Wohle der unmittelbar Betheiligten wie dem der mittelbar daran interessirten Allgemeinheit. Es ist eine bekannte Thatsache, daß derartige, lediglich zwangsweise fortgesetzte Ehen die wechselseitige Erbitterung der Ehegatten zu steigern, eine gedeihliche Kindererziehung zu vereiteln und zu ehebrecherischen Verhältnissen zu führen pflegen. In Uebereinstimmung hiermit lehren denn auch die Eheprozesse, daß, wenn es zwischen den Ehegatten einmal bis zum Streit vor Gericht kommt, die Ehe bereits im Tiefinnersten erschüttert und eine Versöhnung nur selten oder doch nur selten von Dauer ist, darum aber auch fast durchgängig die Lösung des ehelichen Bandes im privaten wie öffentlichen Interesse gewünscht werden muß.

[10]) Hahn, a. a. O. S. 751.

Hiernach erscheint es durchaus gerechtfertigt, daß die Staatsanwaltschaft sich einer Theilnahme am Eheprozesse außerhalb der Nichtigkeitsklage entschlägt, zumal etwaige unerlaubte Einverständnisse der Parteien von ihr ohne unzuträgliches und ihrer Würde zuwiderlaufendes Einmischen in die engsten Familienbeziehungen der Streittheile kaum weniger leicht als vom Gericht nach §§ 581 v. m. 577 u. 579 der C.P.O. enthüllt und verhindert werden können. Ueberhaupt aber sind die Parteien in Wirklichkeit gar nicht so häufig bestrebt, durch Uebereinkunft die Ehen zu lösen. Bei weitem zahlreicher als solche Bestrebungen, freilich ebenso schwer ans Licht zu ziehen, sind die Meineide und fahrlässigen Falscheide, die von Parteien und Zeugen leider überaus dreist in Ehescheidungsprozessen geschworen werden.

So ist denn eine weitergehende Mitwirkung der Staatsanwaltschaft am Eheprozesse überflüssig und nicht gebräuchlich; der Abwartung der Verhandlungs- und Beweisaufnahmetermine stünde außerdem noch der mehr äußerliche Grund des Mangels an hierfür verfügbarem Personal entgegen. Demungeachtet wälzen sich gemäß § 569 der C.P.O. jahraus jahrein in unablässigem Strom die Akten von der Kammer für Ehesachen zur Staatsanwaltschaft, um von da mit dem Vermerke „Gesehen und zurück" ihren Ausgangspunkt wieder aufzusuchen, nutzlos einen gewissenhaften Staatsanwalt zum Lesen der Schriftsätze und Protokolle nöthigend und seine wie der Expedienten Zeit und Arbeitskraft verzehrend — ein Uebelstand, der laut nach Abhilfe ruft. Wenn der Staatsanwalt, um wenigstens einen kleinen Gewinn daraus zu schöpfen, in der angedeuteten Weise die Eheakten als Unterlage für die Strafverfolgung verdächtiger Personen verwerthet, so handelt er allerdings völlig pflichtgetreu, denn nach § 158 der St.P.O. hat er den Sachverhalt zu erforschen, sobald er irgendwie von dem Verdachte einer strafbaren Handlung Kenntniß erhält. Hiermit wird jedoch offenersichtlich der Vorschrift des § 569 der C.P.O. ein Zweck und Erfolg untergeschoben, den der Gesetzgeber nicht im Entferntesten ins Auge gefaßt und gewollt hat. Die Rolle eines **defensor matrimonii** entgleitet dadurch den Händen des Staatsanwalts und er fällt in seinen ursprünglichen Beruf, den eines Wächters der Strafrechtsnormen zurück. Es ist klar, daß er hierzu einer eheprozeßrechtlichen Bestimmung nicht bedarf, schon die ihm ohnedies zustehende Befugniß der Akteneinsicht (§§ 159, 96 der St.P.O.) gewährt ihm die Füglichkeit, sich das Material zur Strafverfolgung in gleichem Maße zu verschaffen.

Mehrfache Umfragen haben bestätigt, daß genau die nämlichen Erfahrungen auch bei den übrigen Landgerichten und Staatsanwaltschaften im Königreich Sachsen und bei vielen andern in Nord- und Süddeutschland [11]) tagtäglich gemacht werden. Fast überall wird die Betheiligung der Staatsanwaltschaft am Eheprozesse, abgesehen von der Nichtigkeitsklage, als überflüssig, ganz selten als wünschenswerth,

---

[11]) z. B. beim L.G. Berlin I, München, Stuttgart, Karlsruhe u. A. laut Auskunft der dort. St.A.

nirgends als erfolgreich bezeichnet, gleichviel ob die Bevölkerung des betreffenden Landgerichtsbezirks protestantisch, katholisch oder konfessionell gemischt ist. Ueberall empfinden Gerichte und Staatsanwaltschaften die Bestimmungen des § 569 der C.P.O. als eine rein zwecklose Belästigung, die einen nicht zu unterschätzenden Theil ihrer Arbeitskraft verbraucht, ohne das öffentliche Interesse im geringsten zu fördern.

Möge darum die nächste Revision der C.P.O. auf den Beschluß der 1. Lesung der Justizkommission zurückgreifen und den § 569 wieder beseitigen!

Gedanken über die nichtstreitige Rechtspflege.[1])

Von Oberamtsrichter Dr. Frese in Döbeln.

B. Die beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege.

1. Allgemeine Umgrenzung.

Die beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege verfolgen alle, gleichviel ob sie willkürliche oder nothwendige sind, den Zweck, die Privatrechtsordnung in Beziehung auf bestimmte Privatrechtsverhältnisse dadurch zu sichern, daß sie für einzelne bestimmte Thatsachen Beweismittel schaffen.

Unbegrenzt ist dabei die Zahl der Thatsachen, an die die beweiserheblichen Handlungen anknüpfen können, da jede beliebige Thatsache, wenn nicht als juristische Thatsache, so doch als Indizienthatsache für den Beweis von Rechten und Rechtsverhältnissen Bedeutung haben kann.

Das geltende Prozeßrecht kennt auch keine beschränkende Festlegung der einzelnen zulässigen Beweismittel. Denn die im zweiten Buche der Civilprozeßordnung in Titel 6—10 enthaltene Regelung einzelner Beweismittel soll die zulässigen Beweismittel keineswegs erschöpfen.

Selbstverständlich aber können für die beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege die zulässigen Beweismittel nur insoweit in Betracht kommen, als sie sich überhaupt durch eine Handlung der nichtstreitigen Rechtspflege schaffen lassen.

Nicht in Frage kommt deshalb das Beweismittel des Eides, weil es da, wo es überhaupt zulässig ist, nicht erst geschaffen zu werden braucht, in anderen Fällen aber schlechterdings nicht geschaffen werden kann.[2])

Sachverständige kommen ebenfalls nicht in Frage, weil dieses Beweis-

[1]) Vergl. dieses Archiv Bd. 6 S. 99 flg.

[2]) Wenn der Prozeßrichter in einem Falle, wo die Eideszuschiebung unzulässig ist, einer Partei einen richterlichen Eid auferlegt (C.P.O. §§ 437 flg.), so schafft er damit nicht ein neues Beweismittel, sondern er macht nur Gebrauch von einem Beweismittel, das zwar den Parteien nicht zur Verfügung steht, das aber doch in der Hand des Richters vorhanden und diesem vom Gesetze zur Benutzung überlassen ist.

mittel überall, wo es gebraucht wird, dem Prozeßrichter nach seinem Ermessen zur Verfügung steht. Uebrigens aber lassen sich auch Sachverständige durch eine Handlung der nichtstreitigen Rechtspflege schlechterdings nicht schaffen; denn wenn bei einer solchen Handlung ein Sachverständiger zugezogen und veranlaßt wird zur Sicherung des künftigen Beweises den dermaligen Bestand der Privatrechtsordnung in Beziehung auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu prüfen und festzustellen, so wird damit für den künftigen Beweis nicht ein Sachverständiger geschaffen, sondern ein (sachverständiger) Zeuge.

Das außergerichtliche Geständniß, das nicht selten und auch in den Motiven zur Civilprozeßordnung zu den Beweismitteln gerechnet wird, ist überhaupt kein Beweismittel. Es ist kein Mittel, das durch die Betheiligten herbeigeschafft wird, um dadurch die sinnliche Wahrnehmung des Richters bezüglich vergangener Thatsachen zu ersetzen, sondern es bildet nur einen Ausgangspunkt für die Schlußfolgerung des Richters auf die zu beweisende Thatsache, vorausgesetzt, daß es selbst unbestritten oder bewiesen ist. Ist es bestritten, so ist die Bezugnahme auf das außergerichtliche Geständniß nichts als die Behauptung einer Indizienthatsache, die wie alle anderen bestrittenen Behauptungen des Beweises durch besondere Beweismittel bedarf; bei den beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege kommt deshalb ein außergerichtliches Geständniß nur insoweit in Frage, als eine solche Handlung darauf abzielen kann, ein Beweismittel für ein außergerichtliches Geständniß zu schaffen.

Als Beweismittel, die zur Sicherung des Beweises neu geschaffen werden können, kommen hiernach hauptsächlich folgende in Betracht:

a) Gegenstände, durch deren Augenschein,
b) Zeugen, durch deren Vernehmung, und
c) Urkunden, durch deren Durchsicht

der Prozeßrichter bei einem künftigen Streite die Ueberzeugung von der Wahrheit einer bestimmten Thatsache erlangen kann.

2. Gegenstände des richterlichen Augenscheins.

Es ist bestritten, ob es richtig ist, von einem Beweise durch Augenschein zu reden. Wenn man aber an dem bejahenden Standpunkte der Civilprozeßordnung festhält, so ist es doch ohne Zweifel unrichtig den richterlichen Augenschein als Beweismittel zu bezeichnen. Die Einnahme des Augenscheins ist vielmehr Beweisaufnahme; Beweismittel ist dabei der Gegenstand, den der Richter beaugenscheinigt und aus dessen sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften er Ueberzeugung, Beweis gewinnt.[3]) Ein solches Beweismittel läßt sich nur unter

[3]) Die Civilprozeßordnung geht davon aus, daß jede Partei, die zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen Beweis antreten will, die Beweismittel zu bezeichnen hat, deren sie sich dabei bedienen will (C.P.O. § 255). Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch Benennung der Zeugen und Bezeichnung der Thatsachen, worüber die

Umständen zur Sicherung eines künftigen Beweises schaffen durch Herstellung von Dingen, deren sichtbare Eigenschaften geeignet sind Beweis zu begründen für den Bestand der Privatrechtsordnung in Beziehung auf ein bestimmtes Privatrechtsverhältniß. Die nichtstreitige Rechtspflege wird jedoch zu diesem Zwecke jetzt wohl nur noch in dem Falle der Abmarkung benachbarter Grundstücke thätig, wenn die Errichtung fester Grenzzeichen oder die Wiederherstellung verrückter oder unkenntlich gewordener Grenzzeichen unter Mitwirkung einer Behörde der nichtstreitigen Rechtspflege erfolgt (Sächs. B.G.B. § 364; Deutsches B.G.B. § 919). In anderen Fällen wird die Schaffung eines Gegenstandes, durch dessen Augenschein der Richter eine bestimmte Ueberzeugung gewinnen könnte, überhaupt selten möglich, vor allem aber der Sicherungszweck durch andere beweiserhebliche Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege weit leichter und besser zu erreichen seien.

3. Zeugen.

Sehr häufig sind die Fälle, wo sich der Beweis sichern läßt durch Schaffung von Zeugen, durch deren Vernehmung später der Beweis einer Thatsache geführt werden kann. In allen Fällen, wo es sich um solche juristische Thatsachen oder um solche Indizienthatsachen handelt, welche sinnlich wahrgenommen werden können, ist es an sich möglich, Dritte heranzuziehen, die einen juristisch bedeutsamen Zustand oder einen juristisch bedeutsamen Vorgang mit ihren Sinnen wahrnehmen und dadurch zu Zeugen geschaffen werden, die dann im Streitfall ihre Wahrnehmungen dem Richter übermitteln können. In älterer Zeit war eine derartige Schaffung von Zeugen eine der häufigsten Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege. Den Zeugen haftet aber der Nachtheil an, daß sie leicht verloren gehen oder doch den wahrgenommenen Zustand oder Vorgang aus dem Gedächtnisse verlieren können, und seit die schriftliche Beurkundung gebräuchlich geworden ist, sind deshalb Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege, wodurch zur Sicherung des Beweises Zeugen geschaffen werden, immer seltener geworden.

Soweit es früher das H.G.B. (Art. 348, 365, 387, 407) im Interesse des kaufmännischen Verkehrs für zulässig erklärte, im Wege der nichtstreitigen Rechts-

Zeugen vernommen werden sollen (C.P.O. § 338). Die Antretung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch Bezeichnung des Gegenstands des Augenscheins und durch Angabe der zu beweisenden Thatsachen (C.P.O. § 336). Durch Vernehmung der benannten Zeugen, durch sinnliche Wahrnehmung ihrer dabei gemachten Angaben erfolgt die Aufnahme des Zeugenbeweises. Durch Besichtigung des Gegenstandes, auf den sich der Augenschein richtet, durch sinnliche Wahrnehmung ihrer für die Entscheidung erheblichen Eigenschaften erfolgt die Aufnahme des Beweises durch Augenschein. Wie bei der Aufnahme des Zeugenbeweises nicht die durch das Ohr gewonnene sinnliche Wahrnehmung des Richters das Beweismittel ist, sondern der Zeuge, aus dem er durch die Vernehmung die Wahrnehmung gewinnt, so ist bei dem Beweis durch Augenschein nicht die durch das Auge gewonnene sinnliche Wahrnehmung des Richters das Beweismittel, sondern der Gegenstand, aus dem er durch die Einnahme des Augenscheins die Wahrnehmung gewinnt.

pflege einen juristisch bedeutsamen, leicht der Veränderung unterliegenden Zustand unverzüglich durch einen Sachverständigen prüfen und feststellen zu lassen und dadurch einen Zeugen für den Streitfall zu schaffen, wird jetzt die streitige Rechtspflege gemäß §§ 448 flg. der C.P.O. thätig (Einf.Ges. zur C.P.O. § 13 Abs. 4).

Bei den beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege kommt jetzt die Zuziehung von Zeugen nur noch als begleitende Sicherungshandlung neben gleichzeitiger Beurkundung vor, und die wesentliche Bedeutung der Handlung liegt dann immer in der Schaffung der Urkunde.

4. Urkunden.

Das gebräuchlichste und beste Beweismittel, das sich im Wege der nichtstreitigen Rechtspflege schaffen läßt, ist die Urkunde. Urkunden lassen sich über alle möglichen Thatsachen schaffen, ihre Beweiskraft ist leicht erkennbar und fast unwandelbar, und ihr Verlust ist bei gehöriger Sorgfalt kaum zu befürchten.

Wir verstehen hier in Uebereinstimmung mit der Civilprozeßordnung unter Urkunden Schriftstücke, die im Beweisverfahren geeignet sind, durch Inhalt und Form dem Prozeßrichter die Ueberzeugung von der Wahrheit einer Thatsache zu verschaffen.

Schriftstücke dieser Art sind schon dann von großer Bedeutung, wenn sie ohne Mitwirkung einer Behörde als reine Privaturkunden zur Entstehung gelangen, da Privaturkunden gemäß §§ 381, 404 flg. der C.P.O. für den Beweis trefflich geeignet sind.

Ganz besonders wirksame Beweismittel sind aber Urkunden, die von einer Behörde der nichtstreitigen Rechtspflege zur Sicherung des Beweises geschaffen werden. Denn die Urkunden, die von den Behörden der nichtstreitigen Rechtspflege innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen werden, sind öffentliche Urkunden, denen gemäß §§ 380, 382 flg., 402 flg. der C.P.O. ganz hervorragende formelle Beweiskraft innewohnt, dafern sie nicht an erheblichen äußeren Mängeln leiden (§ 384 der C.P.O.).

Dennoch ist auch die Wirksamkeit der öffentlichen Urkunden nicht so unbeschränkt, daß sie der Bemängelung völlig entrückt und unbedingt beweiskräftig wären. Der Beweis ihrer Unechtheit ist vielmehr in allen Fällen zulässig, und der Beweis, daß eine Erklärung oder eine Thatsache unrichtig beurkundet sei, ist nur bei solchen öffentlichen Urkunden unbedingt ausgeschlossen, welche eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthalten (§ 402, 380 Abs. 2, § 383 Abs. 2 und § 382 der C.P.O.). Dagegen begründen öffentliche Urkunden, worin eine vor der Behörde abgegebene Erkärung beurkundet ist, an sich zwar vollen Beweis des beurkundeten Vorganges, aber der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist immer zulässig (§ 380 Abs. 2 der C.P.O.). Oeffentliche Urkunden, die einen andern Inhalt haben, begründen dann, wenn das Zeug-

niß auf der eignen Wahrnehmung der Behörde beruht, regelmäßig und auf Grund besonderer Landesgesetze auch im entgegengesetzten Falle vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen, aber der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen, ist immer zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken (§ 383 der C.P.O., vergl. auch § 16 Nr. 2 des Einf.Ges. zur C.P.O. und § 15 des Reichsges. betr. die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung vom 6. Februar 1875.)

5. Die verschiedenen Arten der Beurkundungshandlungen.

Die Wirksamkeit einer öffentlichen Urkunde als Beweismittel hängt jedoch nicht blos von der formellen Beweiskraft der Urkunde ab, sondern sie ist wesentlich bedingt dadurch, daß die Urkunde auch materielle Beweiskraft hat. Materielle Beweiskraft aber besitzt eine Urkunde nur insoweit, als die darin bezeugte Erklärung oder Thatsache selbst materiellrechtliche Bedeutung hat, und das ist wiederum von der besonderen Beschaffenheit der in der Urkunde bezeugten Erklärung oder Thatsache, also davon abhängig, ob diese Erklärung oder Thatsache als juristische Thatsache für Entstehung, Aenderung oder Untergang eines Privatrechtsverhältnisses einen gültigen Rechtsgrund oder als Indizienthatsache für die Schlußfolgerung auf Rechte oder Rechtsverhältnisse ein wirksames Indiz bildet.

Die Erklärung oder Thatsache, welche durch eine beweiserhebliche Beurkundungshandlung bezeugt wird, braucht aber nun keineswegs immer materiellrechtliche Bedeutung für sich in Anspruch zu nehmen. Denn die Eigenschaft der Urkunden als Schriftstücke bringt es mit sich, daß die Behörden der nichtstreitigen Rechtspflege bei ihren Beurkundungshandlungen auch in der Weise thätig werden können, daß sie sich dabei an ein bereits vorhandenes Schriftstück anlehnen, dem materielle Beweiskraft beigemessen wird, und wenn dies geschieht, so braucht die im Anschluß an das Schriftstück bezeugte Erklärung oder Thatsache nicht materiellrechtliche Bedeutung zu haben, sondern sie kann auch und wird nicht selten nur formellrechtlich von Bedeutung sein. Dies ist überall da der Fall, wo sich die bezeugte Erklärung oder Thatsache nur auf diejenigen Bestandtheile des ursprünglichen Schriftstücks bezieht, von welchen die Prozeßordnung die formelle Beweiskraft einer Urkunde abhängig macht. Das Gegentheil aber gilt in dem Falle, wo in der Beurkundungshandlung eine Wiederholung oder Bestätigung derjenigen materiellrechtlich bedeutsamen Erklärung oder Thatsache bezeugt wird, welche den Inhalt des ursprünglichen Schriftstückes bildet. Dieser Fall liegt insbesondere dann vor, wenn bei der Beglaubigung von Privaturkunden nicht blos die Unterschrift oder das Handzeichen beglaubigt, sondern über Inhalt und Unterschrift der Privaturkunde eine die Echtheit bezeugende öffentliche Urkunde aufgenommen und damit auch der materiell erhebliche Inhalt der Privaturkunde mit zum Inhalt der öffentlichen Urkunde gemacht wird. In andern Fällen aber hat eine behördliche Beurkundungshandlung, welche sich an ein bereits vorhandenes Schriftstück

anlehnt, nur den Zweck, der vorhandenen Urkunde eine formellrechtliche Beweiskraft zu verschaffen, die ihr vorher nicht oder nur in beschränkterem Umfange innewohnte, und es fehlt der behördlichen Urkunde dann jede materiellrechtliche Bedeutung.

In dieser Weise können sich öffentliche Urkunden in Beziehung setzen zu allen Urkunden, die nicht die volle formelle Beweiskraft öffentlicher Urkunden haben. Das geschieht bei der Beglaubigung, Legalisation von ausländischen öffentlichen Urkunden, indem diesen dadurch die Beweiskraft inländischer öffentlicher Urkunden verschafft wird (C.P.O. § 403, Abs. 2). Das ist weiter der Fall bei der Beglaubigung von Privaturkunden, wenn über Unterschrift oder Handzeichen einer Privaturkunde eine die Echtheit bezeugende öffentliche Urkunde aufgenommen und damit der Privaturkunde die Vermuthung der Echtheit gesichert wird (C.P.O. §§ 405 Abs. 2, 381). Endlich aber geschieht das auch bei der Beglaubigung von Abschriften, indem da durch eine öffentliche Urkunde einer Abschrift, der an sich jede formellrechtliche Bedeutung fehlt, eine solche Bedeutung beigelegt und in Anlehnung an eine in der Urschrift bereits vorhandene Urkunde eine neue Urkunde geschaffen wird, deren Beweiskraft zwar der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, wenn es sich aber um die gehörig beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde handelt, ohne weiteres der Beweiskraft der Urschrift gleich geachtet werden kann (C.P.O. § 400, vergl. aber auch § 16 Nr. 2 des Einf.-Ges. z. C.P.O. u. § 15 Abs. 2 des Persstdsges. v. 6. Febr. 1875).

Der im gemeinen Rechte besonders behandelte Fall, daß an Stelle einer verlorenen, zu Grunde gegangenen oder vom Untergange bedrohten Urkunde eine neue Urkunde angefertigt wird (Exemplifikation von Urkunden), bedarf im heutigen Rechte keiner besonderen Erwähnung, da sich die darauf gerichtete Thätigkeit der Behörde immer entweder als Herstellung einer neuen Urschrift oder als Beglaubigung einer Abschrift jener Urkunde kennzeichnet, das prozeßrechtliche Exemplifikationsverfahren aber durch die Civilprozeßordnung beseitigt worden ist.

6. Die Bedeutung der Beurkundungshandlungen.

Mit Rücksicht auf die Umstände, von denen die formelle Beweiskraft der Urkunden abhängt, hat die nichtstreitige Rechtspflege die Aufgabe, bei ihren beweiserheblichen Beurkundungshandlungen, soweit möglich, dafür Sorge zu tragen, daß nicht nur unrichtige Beurkundungen vermieden werden, sondern auch daß die geschaffenen Urkunden frei sind von äußeren Mängeln (§ 384 d. C.P.O.), sowie daß die Verfälschung der Urkunden erschwert und die Aufklärung etwaiger Zweifel über ihre Echtheit gesichert werde.

Erstreckt sich aber die Beurkundungshandlung auf Erklärungen oder Thatsachen von materiellrechtlicher Bedeutung, so gehört es mit Rücksicht auf die Umstände, welche die materielle Beweiskraft der Urkunden bedingen, zu der Auf-

gabe der nichtstreitigen Rechtspflege, auch materiellrechtlichen Einwendungen vorzubeugen. Freilich vermag die behördliche Thätigkeit solche Einwendungen nicht völlig auszuschließen, wohl aber soll sie ihnen den Boden möglichst entziehen, und dazu ist sie recht wohl imstande. Schon durch das Eintreten einer ernsten und sachlichen Thätigkeit der unparteiischen Behörde wird rechtswidrigen Einflüssen von vornherein entgegengewirkt und in den Betheiligten ein Zustand gesammelter Besonnenheit hervorgerufen werden. Bei der von der Behörde einzuleitenden Verhandlung kann und muß dann weiter dafür Sorge getragen werden, daß, soweit als möglich, die Handlungsfähigkeit der Betheiligten außer Zweifel gesetzt, ihr wahrer Wille klar und irrthumsfrei erklärt und ein etwaiger Zweifel über Rechtsfragen durch die Auskunft und Belehrung der Behörde behoben werde. Endlich aber ist bei der Niederschrift des Ergebnisses der Verhandlung das Augenmerk darauf zu richten, daß durch richtige, gemeinverständliche und unzweideutige Fassung der Urkunde jede irrige Auffassung des Verhandelten ausgeschlossen werde.

Die Einrichtung der Behörden der nichtstreitigen Rechtspflege bietet Gewähr dafür, daß sie bei ihren beweiserheblichen Beurkundungshandlungen die ihnen obliegenden Aufgaben richtig erkennen und pflichtgemäß erfüllen; nach dem Umfange und der Bedeutung der Aufgaben, die den Behörden dabei obliegen, bestimmt sich aber die Bedeutung der einzelnen Beurkundungshandlungen. Ihre Bedeutung reicht deshalb vielfach weit hinaus über das Gebiet des Formellen, auf welchen sie zunächst zur Erscheinung kommen.

7. Die willkürlichen beweiserheblichen Handlungen.

Im Anschlusse an vorstehende Ausführungen lassen sich die willkürlichen beweiserheblichen Handlungen folgendermaßen eintheilen:

I. Handlungen, wodurch öffentliche Urkunden geschaffen werden (beweiserhebliche Beurkundungshandlungen):

1.) Urkunden, die sowohl formellrechtliche wie materiellrechtliche Bedeutung beanspruchen,

a) Urkunden zum Beweise materiell erheblicher Erklärungen,

α) selbständige Urkunden (Beurkundung von Erklärungen im engern Sinne),

β) Urkunden, die sich an andere, schon vorhandene Urkunden anschließen (Beglaubigung von Privaturkunden nach Inhalt und Unterschrift),

b) Urkunden zum Beweise anderer materiell erheblicher Thatsachen (Ausstellung von Zeugnissen).

2.) Urkunden, die an sich nur formellrechtliche Bedeutung beanspruchen, eben darum aber immer nur im Anschlusse an andere, schon vorhandene Urkunden vorkommen,

a) Urkunden zum Beweise der Echtheit ausländischer öffentlicher Urkunden (Legalisation ausländischer öffentlicher Urkunden),
b) Urkunden zum Beweise der Echtheit von Privaturkunden (Beglaubigung der Unterschrift oder des Handzeichens unter Privaturkunden),
c) Urkunden zum Beweise der Uebereinstimmung von Abschriften mit den Urschriften (Beglaubigung von Abschriften).

II. Handlungen, wodurch andere Beweismittel geschaffen werden.

Daß bei dieser Eintheilung die äußere Erscheinungsform das unterscheidende Merkmal bildet, entspricht durchaus der Natur der beweiserheblichen Handlungen. Diesem Merkmale kommt aber auch nur insoweit entscheidende Bedeutung zu, als es sich darum handelt, die einzelnen beweiserheblichen Handlungen unter einander zu unterscheiden, dagegen versagt es völlig, wenn es sich um die Unterscheidung zwischen den beweiserheblichen und den rechtserheblichen Handlungen handelt, da die rechtserheblichen Handlungen in der äußern Erscheinungsform den beweiserheblichen Handlungen nicht selten völlig gleichen, obwohl sie ihrem innern Wesen nach ganz und gar davon verschieden sind.

8. Die nothwendigen beweiserheblichen Handlungen.

Die Sicherung des Beweises der Geburt oder des Todes eines Menschen erfolgt auf Grund des Reichsgesetzes, betreffend die Beurkundung des Personenstands und die Eheschließung, vom 6. Februar 1875[4]) durch Beurkundung der Geburten und der Sterbefälle in den Standesregistern (Geburtsregister, Sterberegister). Die Beurkundung erfolgt in jedem Falle doppelt, im Haupt- und im Nebenregister, und sie erscheint im Falle mündlicher Anzeige (§§ 13, Abs. 2, 19, 58, 52, 61 d. Ges.) als die Beurkundung einer Erklärung, in allen anderen Fällen (§§ 13, Abs. 3, 20, 24, 58, 62, 11, Abs. 3, 65) als die Ausstellung eines Zeugnisses zum Standesregister.

Die Beurkundungen in den Geburts- und Sterberegistern sind zumeist schon dadurch zu nothwendigen beweiserheblichen Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege erhoben, daß der Beweis derjenigen Thatsachen, zu deren Beurkundung die Standesregister bestimmt sind, in der Regel nur durch die ordnungsgemäß geführten Standesregister oder durch Auszüge daraus erbracht werden kann (§§ 1, 15, 73 d. Ges.) Ueberdies ist durch das Gesetz dem Standes-

[4]) Das Gesetz wurde erst erlassen, nachdem das Deutsche Reich durch Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 für die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht zuständig geworden war. Geburt und Tod sind natürliche Vorgänge, die auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts als juristische Thatsachen wirksam werden, weil damit Beginn und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen verbunden sind (Sächs. B.G.B. §§ 32, 36, 1999. Deutsches B.G.B. §§ 1, 1922), die Geburt aber überdies für die Familien- und Standesrechte von entscheidender Bedeutung ist. Behördliche Handlungen, die für diese juristischen Thatsachen Beweismittel schaffen, sind also beweiserhebliche Handlungen der nichtstreitigen Rechtspflege.

beamten die Verpflichtung auferlegt, die Beurkundung auf mündliche oder schriftliche Anzeige oder auf Anweisung oder Anordnung des Gerichts bei Vermeidung disziplineller Ahndung ungesäumt vorzunehmen (§§ 13, 14, 11 des Ges.). Die Amtsführung des Standesbeamten untersteht der Aufsicht einer mit weitgehenden Befugnissen versehenen Aufsichtsbehörde (§§ 11, Abs. 1 u. 2, 14, Abs. 2 u. 3, 27, 60, 64, 66, Abs. 2.) Endlich aber ist eine sehr umfassende Anzeigepflicht festgesetzt (§§ 17, 18, 19, 20, 22, Abs. 3, 23, 24, 56, 57), und diejenigen, welche dieser Anzeigepflicht nicht nachkommen, sind nicht nur mit krimineller Strafe bedroht, sondern sie können auch durch Geldstrafen zur Anzeigeerstattung angehalten werden (§ 68 d. Ges.).

Dagegen sind die in § 26 d. Ges. zugelassenen Eintragungen im Geburtsregister (Randvermerke, Zeugnisse) lediglich willkürliche beweiserhebliche Handlungen, da die dort als Unterlagen des Eintrags erwähnten öffentlichen Urkunden, auch wenn es nicht zum Eintrage kommt, den fraglichen Vorgang beweisen, der Eintrag aber nur auf Antrag eines Betheiligten erfolgen darf und dieser Antrag nicht erzwingbar ist.

Die in demselben Gesetze geregelte Eheschließung ist eine rechtserhebliche Handlung der nichtstreitigen Rechtspflege (vergl. jetzt deutsches B.G.B. § 1317), und die sich an die Eheschließung anschließende Beurkundung im Heirathsregister (§§ 52, 54 d. Ges.) gehört ebenso, wie die Ausstellung der in §§ 49 und 54, Abs. 2 d. Ges. erwähnten Zeugnisse zu den für das Eheschließungsverfahren instruktionell vorgeschriebenen beweiserheblichen Handlungen. Dagegen erscheint die Ausstellung des Zeugnisses, welches gemäß § 55 d. Ges. für den Fall, daß eine Ehe für aufgelöst, ungiltig oder nichtig erklärt wird, am Rande der über die Eheschließung bewirkten Eintragung anzubringen ist, lediglich als eine beweiserhebliche Handlung, wodurch zwar keineswegs ein jeden andern Beweis der Scheidung ausschließendes Beweismittel geschaffen wird, die aber dennoch als nothwendige Handlung bezeichnet werden muß, weil sie auf Grund der dem Standesbeamten von der zuständigen Behörde übersendeten Urtheilsausfertigung (Ausf.-Ver. d. Reichsk. v. 22. Juni 1875, § 14, Abs. 1) ohne Gehör der Betheiligten von amtswegen zu erfolgen hat.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Rechte einer Aktiengesellschaft gegenüber den Aktionären bei der Zusammenlegung von Aktien.

R.G. I. Civils. Urth. v. 16. Dezember 1896. I. 226/96.

Am 28. Juni 1893 fand eine außerordentliche Generalversammlung der Aktiengesellschaft Brauerei B. statt, um über folgenden Antrag des Aufsichtsraths und des Vorstandes zu beschließen:

1. Die zur Zeit begebenen 750 Aktien à 1000 ℳ werden eingezogen. An Stelle von fünf der jetzt vorhandenen Aktien sollen zwei neue Aktien von je 1000 ℳ treten, und zwar sollen von fünf einzuliefernden Aktien drei vernichtet und zwei mit einem dieselben als neue Aktien charakterisirenden Stempelvermerk zurückgegeben werden. Die alsdann etwa noch vorhandenen, nicht umgetauschten Aktien sollen weder stimm- noch dividendenberechtigt sein. Der Vorstand hat die eingelieferten, nicht durch fünf theilbaren Partien alter Aktien für Rechnung der Eigenthümer zu verkaufen. Die Ausführung des obigen Beschlusses erfolgt unter Beobachtung der Bestimmungen der Artikel 243, 245 und 248 des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884.
2. Jeder Inhaber zweier auf Grund der Bestimmungen unter 1 ausgestellten neuen Aktien à 1000 ℳ hat das Recht, gegen Hingabe zweier derartiger Aktien und Zuzahlung von 500 ℳ eine nicht bevorrechtigte Aktie à 1500 ℳ und eine Vorrechtsaktie à 1000 ℳ zu erwerben. Der Vorstand wird ermächtigt und verpflichtet, so viele nicht bevorrechtigte Aktien à 1500 ℳ und Vorrechtsaktien à 1000 ℳ, wie infolge der Ausübung des den Aktionären eingeräumten Rechts erforderlich sind, anfertigen zu lassen und den betreffenden Aktionären einzuhändigen.
3. Die Inhaber der zum Betrage von 300 000 ℳ ausgegebenen Prioritätsobligationen dritter Emission sollen — soweit ihr Besitz einen derartigen Umtausch gestattet, — berechtigt sein, zu beanspruchen, daß ihnen gegen Aushändigung der ihnen gehörenden Obligationen für 60 % des Betrags der eingereichten Obligationen neu zu emittirende Vorrechtsaktien und für die restirenden 40 % neu auszugebende nicht bevorrechtigte Aktien al pari gegeben werden. Zu dem Behuf sollen bis zu 120 000 ℳ in nicht bevorrechtigten Aktien . . . und bis zu 180 000 ℳ in Vorrechtsaktien, die ersteren in Stücken von 1000 und/oder 1200, und/oder 1500 ℳ, die letzteren in Stücken von 1000, und/oder 1200 und/oder 1500 ℳ und/oder 1800 ℳ ausgegeben werden.
4. Der zur Vertheilung unter die Aktionäre dienende Reingewinn der Gesellschaft wird unter entsprechender Aenderung des Statuts in der Weise vertheilt, daß die Inhaber der Vorrechtsaktien vorweg eine Dividende bis zu 4 % sodann die Inhaber der nicht bevorrechtigten Aktien eine Dividende bis zu 4 % erhalten, und der Rest gleichmäßig unter die Aktionäre beider Gattungen vertheilt wird.
5. Im Falle der Liquidation der Gesellschaft werden unter entsprechender Aenderung des Statuts aus dem Gesellschaftsvermögen zuerst die Inhaber der Vorrechtsaktien, sodann die Inhaber der übrigen Aktien befriedigt.
6. Der Vorstand wird in Gemeinschaft mit dem Aufsichtsrath befugt, die zur Ausführung des Beschlusses unter 1 bis 3 erforderlichen Bestimmungen zu treffen, auch die Fristen zu bestimmen, innerhalb deren der Umtausch statt-

zufinden hat, und die Aktionäre beziehungsweise die Inhaber von Prioritätsobligationen das ihnen zustehende Recht auf Erwerb von Vorrechtsaktien beziehungsweise auf Umtausch der Obligationen gegen neu emittirte Aktien auszuüben haben.

7. Sobald die unter 1 bis 3 gefaßten Beschlüsse ausgeführt sind und demnach die Höhe des Grundkapitals sowie die Vertheilung desselben auf die verschiedenen Gattungen von Aktien feststeht, spätestens aber in der im Jahre 1894 stattfindenden ordentlichen Generalversammlung sollen die durch die Neugestaltung des Grundkapitals gebotenen Statutenveränderungen beschlossen und sodann zum Handelsregister angemeldet werden.

Der in der Generalversammlung anwesende Aktionär J. protestirte zwar gegen einen derartigen Beschluß, die Generalversammlung, in welcher 490 Aktien, also mehr als die Hälfte sämmtlicher Aktien vertreten war, nahm aber die Anträge mit einer $^3/_4$ des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals übersteigenden Mehrheit an.

In Ausführung dieses Beschlusses hat der Vorstand unter dem 9. August 1893 und unter dem 12. Dezember 1893 öffentlich bekannt gemacht, daß die Aktien der Gesellschaft zwecks Umtausch bei der Wechslerbank in Hamburg zur Vermeidung des Verlustes des Aktienrechts einzuliefern seien. Das erste Mal war dafür eine Frist von 6 Wochen, das zweite Mal eine Frist bis zum 14. Januar 1894 gestellt. Zugleich sind die Aktionäre aufgefordert, bei Einreichung ihrer Aktien zu erklären, ob sie von dem Rechte auf Vorzugsaktien Gebrauch machen wollten. Eine entsprechende Aufforderung ist an die Inhaber von Prioritätsobligationen erlassen.

Nach dem Thatbestande des Berufungsurtheils ist der Aufforderung des Vorstandes soweit Folge gegeben, daß in einer am 28. Dezember 1894 stattgehabten Generalversammlung das nunmehrige Grundkapital der Gesellschaft auf 539000 ℳ, eingetheilt in Vorrechtsaktien und nicht bevorrechtigte Aktien bestimmt ist. Da das Aktienkapital zunächst auf 300000 ℳ herabgesetzt ist, und, wenn alle Aktionäre von dem Rechte unter Nachzahlung von 500 ℳ auf je 2000 ℳ neue Aktien Vorrechtsaktien Gebrauch gemacht hätten, auf sie immer nur 75000 ℳ entfallen wären, so haben sich danach auch die Mehrzahl der Obligationäre bei dem Umtausch betheiligt. Es sind aber nicht alle alten Aktien zum Umtausch eingereicht. Nach der Feststellung in den Gründen des Berufungsurtheils ist in jenem Generalversammlungsbeschluß vom 28. Dezember 1894 die Zahl der Aktien ohne Berücksichtigung der zum Umtausch nicht eingereichten Aktien festgestellt.

Der Aktionär J., welcher in der Generalversammlung vom 28. Juni 1893 gegen den beantragten Beschluß protestirt hatte, hat auch noch in besonderer Eingabe an den Vorstand vom 18. September 1893 erklärt, daß er durch die Bekanntmachung gezwungen werde, 15 Stück Aktien zum Umtausch einzureichen, solches aber nur unter Vorbehalt aller seiner Rechte thun wolle. Er hat sodann zwar

am 19. September die Aktien mit dem Ersuchen, sie umzutauschen, der Wechslerbank eingereicht. Später hat er aber Rückgabe der Aktien von der Wechslerbank verlangt und erlangt. Es sind dann nur wieder drei Stück dieser Aktien zum Umtausch eingereicht; die übrigen 12 Aktien befinden sich, wie der Thatbestand des Berufungsurtheils S. 3 konstatirt, unbestritten noch im Besitz des Aktionärs J.

Der Vorstand der Aktiengesellschaft hat Namens dieser Ende September oder Anfangs Oktober 1895 wider J. bei dem Landgericht Hamburg Klage erhoben, in welcher er beantragt, den Beklagten kostenpflichtig zur Uebergabe der zwölf von der Wechslerbank in Hamburg gestempelten Aktien der Brauerei B. an die Klägerin zu verurtheilen. Klägerin erklärte, daß sie sich das Recht der Kassirung dieser Aktien vorbehalte, sich jedoch für den Fall, daß der Beklagte nach Beendigung dieses Rechtsstreits die fraglichen 12 Aktien einliefert, zur Erfüllung der in dem Generalversammlungsbeschlusse vorgesehenen Gegenleistung bereit erklärte. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat Klägerin Verurtheilung zur Herausgabe der Aktien zwecks Umtausches beziehungsweise Auszahlung in Gemäßheit des Beschlusses der Generalversammlung vom 28. Juni 1893 beantragt.

Eventuell wünschte Klägerin einen richterlichen Ausspruch dahin, daß der Beschluß der Generalversammlung vom 28. Juni 1893 gültig, wenn er auch nicht direkt gegen den Beklagten erzwingbar sei.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Oberlandesgericht hat die Klägerin ausdrücklich eventuelle Feststellung beantragt,

> daß die in der Generalversammlung der Aktionäre der klagenden Gesellschaft vom 28. Juni 1893 gefaßten Beschlüsse dem Beklagten gegenüber rechtsverbindlich sind.

Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, vom Reichsgericht aus den nachstehenden Gründen.

Wie das Reichsgericht bereits in anderer Sache entschieden hat, steht allerdings der Aktiengesellschaft das Recht zu, eine Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegung von Aktien mit der Maßgabe zu beschließen, daß die Aktionäre, welche die zur Zusammenlegung erforderliche Zahl von Aktien nicht besitzen, sich gefallen lassen müssen, daß ihre Aktien beziehungsweise an deren Stelle neue zusammengelegte Aktien von der Gesellschaft meistbietend oder zum Börsenkurse verkauft werden. Und dasselbe gilt auch bezüglich der zufolge der Zusammenlegung in der Hand der Aktionäre übrig bleibenden Spitzen, wenn sich die Aktionäre nicht über Zusammenlegung solcher Spitzen behufs Erwerbung einer gemeinschaftlichen Aktie unter einander einigen.

Alles dies folgt aus Artikel 248 des H.G.B.'s. Die Generalversammlung kann auch behufs Durchführung der in Aussicht genommenen Zusammenlegung beschließen, daß diejenigen neuen Aktien, welche auf die Aktionäre entfallen, die ihre alten Aktien zum Umtausch nicht eingereicht haben, für deren Rechnung ver-

kauft werden sollen, so daß die nicht eingereichten Aktien ebenso ungültig werden, wie die zum Umtausch eingereichten. Und die Generalversammlung kann z. B., wenn etwa die Aktien ihrer Gesellschaft schwer verkäuflich sind, beschließen, daß diejenigen neuen Aktien, welche auf die Aktionäre entfallen, die ihre alten Aktien innerhalb der Frist zum Umtausch nicht eingereicht haben, für dieselben nach Ablauf der Frist bereit gehalten und in Verwahrung genommen werden, so daß die Dividenden, welche auf jene neuen Aktien entfallen, für diese abgehoben und mit den neuen nicht eingetauschten Aktien bis zur Einreichung der alten Aktien aufbewahrt werden. In diesem Fall kann folgeweis für die alten Aktien als solche nach Ablauf der zum Umtausch gestellten Frist weder eine Dividende erhoben noch ein Stimmrecht ausgeübt werden. Aber die Inhaber jener alten Aktien sind ihres Stimmrechts und des Rechts Dividenden zu beziehen nicht verlustig; sie können sich vielmehr die Ausübung dieses Rechts jederzeit dadurch sichern, daß sie nachträglich den innerhalb der gestellten Frist unterbliebenen Umtausch vornehmen.

Dagegen steht der Aktiengesellschaft das Recht nicht zu, die alten Aktien ihrer Dividenden und die Inhaber der alten Aktien ihres Stimmrechts für den Fall der Säumigkeit in der Einreichung zum Umtausch schlechthin zu berauben; dieses so wenig, wie die alten Aktien schlechthin für ungültig zu erklären, um so die übrigen Aktionäre auf Kosten der säumigen zu bereichern.

Beschließt eine Aktiengesellschaft die Herabsetzung des Grundkapitals unter Zusammenlegung von Aktien und die Aufforderung zum Umtausch unter einem derartigen unzulässigen Präjudiz, so bleibt die Unzulässigkeit des Präjudizes bedeutungslos, wenn alle Aktionäre der Aufforderung Folge geben, ihre alten Aktien zum Umtauschen einreichen und dagegen die neuen Aktien entgegen nehmen.

Der Beschluß der Herabsetzung des Grundkapitals unter Zusammenlegung von Aktien erweist sich dann trotz des unzulässigen Präjudizes als gültig und vollwirksam.

Werden aber die alten Aktien von einem oder von einigen Aktionären nicht zum Umtausch eingereicht und schreitet die Aktiengesellschaft dennoch zur Neukonstituirung auf Grund des gefaßten Generalversammlungsbeschlusses, erlangt sie auch den Eintrag in das Handelsregister, so wird dadurch die Ausschließung derjenigen Aktionäre, welche ihre Aktien nicht eingereicht haben, auch dann nicht gültig, wenn diese den Generalversammlungsbeschluß innerhalb der einmonatlichen Frist des Artikels 222 durch Klage anzufechten unterlassen haben.

Die Aktiengesellschaft ist vielmehr verpflichtet, auch nach Ablauf der unter einem unzulässigen Präjudiz gestellten Präklusivfrist jenen Aktionären den Umtausch so zu gestatten, wie es dem Generalversammlungsbeschlusse, abgesehen von dem unzulässigen Präjudize entspricht. Und der säumige Aktionär hat ein Recht, dies zu beanspruchen.

Nun hat sich zwar der Vorstand der klagenden Gesellschaft im vorliegenden

Falle erboten, dem Beklagten, wenn er seine alten Aktien noch einreicht, dieselben in Gemäßheit des Beschlusses der Generalversammlung vom 28. Juni 1893 umzutauschen beziehungsweis auszuzahlen.

Allein zunächst ist dieses Erbieten nicht umfassend genug.

Der Generalversammlungsbeschluß vom 28. Juni 1893 ist ein einheitlicher. Es wurde zugleich eine Herabsetzung des Grundkapitals und eine eventuelle Erhöhung des herabgesetzten Grundkapitals beschlossen. Es wurde die Ausgabe bevorrechtigter Aktien neben nicht bevorrechtigten Aktien beschlossen, und es wurde den alten Aktionären das Recht gegeben, unter Nachzahlung sich den Bezug solcher bevorrechtigter Aktien gegen ihre alten Aktien zu sichern. Wenn dies in die Form gekleidet ist, daß gegen Hingabe zweier neuer Aktien und Zuzahlung von 500 *M* eine nicht bevorrechtigte Aktie à 1500 *M* und eine Vorrechtsaktie à 1000 *M* gewährt werden soll, so ist das nichts weiter als eine Art der Umrechnung, die gleichbedeutend ist mit dem Satze, daß der Inhaber von 5 alten Aktien das Recht hat, unter Nachzahlung von 500 *M* eine bevorrechtigte neue Aktie à 1000 *M* und eine nicht bevorrechtigte neue Aktie à 1500 *M* oder ohne Nachzahlung zwei nicht bevorrechtigte neue Aktien à 1000 *M* zu beziehen. Hat die Gesellschaft einmal ein unrichtiges und unzulässiges Präjudiz gestellt, und hat der Vorstand der Gesellschaft unter dem unzulässigen Präjudize des gänzlichen Verlustes aller Rechte zum Umtausch der Aktien aufgefordert, so muß er auch dem Beklagten nach Ablauf der Frist den Umtausch auf derselben Grundlage gestatten, auf welcher dieser den Umtausch innerhalb der Frist hätte bewirken können.

Sodann aber ist nicht ersichtlich, daß der Vorstand sich in der Lage befindet, sein Angebot zu verwirklichen, nachdem ein Generalversammlungsbeschluß gefaßt ist, welcher der Rechtslage widersprach.

Der Generalversammlungsbeschluß vom 28. Juni 1893 läßt eine verschiedene Auslegung zu. Dieser Beschluß und der ihm zu Grunde liegende Antrag des Vorstandes und des Aufsichtsraths der klagenden Aktiengesellschaft kann dahin verstanden werden, daß die Inhaber der alten Aktien, welche zum Umtausch innerhalb der zu stellenden Frist nicht eingereicht werden würden, das Recht auf diese alten Aktien als solche Dividenden zu erheben und in den Generalversammlungen zu stimmen, nicht ausüben dürften, so lange sie auch nicht nachträglich den Umtausch bewirkt hätten.

Der Beschluß kann aber auch in dem Sinne gefaßt sein, daß die Versäumung der Frist die Folge haben sollte, daß die nicht eingereichten Aktien überhaupt des Rechts verlustig sein sollten, noch Dividenden zu beziehen und ein Stimmrecht auszuüben.

Auf den ersten Standpunkt hat sich bei den weiteren Maßnahmen zunächst nicht der Vorstand und nicht die Gesellschaft in den späteren Generalversammlungen gestellt.

Der Vorstand hat zur Einreichung der Aktien bei Verlust des Aktien-

rechts aufgefordert und eine im Jahre 1894 abgehaltene Generalversammlung der Aktiengesellschaft hat den Antrag des Vorstandes, dem Beklagten für seine alten Aktien neue nicht bevorrechtigte Aktien zur Verfügung zu stellen, abgelehnt. Demnächst hat aber die Generalversammlung vom 28. Dezember 1894 das Grundkapital auf 539000 ℳ festgestellt.

Da aber die nicht eingereichten alten Aktien an dem Gesellschaftsvermögen rechtlich betheiligt geblieben sind und eine jede dem Herabsetzungsbeschlusse entsprechend mit 400 ℳ anzusetzen ist, so ist das Grundkapital zu berechnen auf 539000 ℳ + 400 X, wobei X die Anzahl der zum Umtausch nicht eingereichten alten Aktien bedeutet.

Dieser Rechtslage entsprechend würde sich die Gesellschaft, um ihren Rechtsbestand gegenüber den fortbestehenden Rechten der nicht eingereichten alten Aktien zu sichern, zunächst zurückzubilden haben. Dann würde sich auch jenes Angebot des Vorstandes in Uebereinstimmung mit dem neu zu fassenden Beschlusse der Generalversammlung befinden. Und der Beklagte würde sich nicht weigern können, den Herabsetzungsbeschluß der Generalversammlung auch für seine Aktien anzuerkennen.

Welche Maßnahmen im Einzelnen einzuschlagen sind, um den thatsächlichen Zustand in einen unanfechtbaren Rechtszustand hinüberzuführen, hat das Revisionsgericht nicht zu bezeichnen.

Jedenfalls hat die Aktiengesellschaft zur Zeit und bei der von ihr geschaffenen Lage der Sache nicht den Anspruch von dem Beklagten Herausgabe seiner Aktien zu fordern, um erst demnächst Maßnahmen zu treffen, durch welche sie sich in die Lage setzt, ihn den übrigen Aktionären gleich zu stellen, noch kann sie, nachdem sie die Rechte des Beklagten bei Seite gesetzt hat, von ihm zur Zeit die Anerkennung fordern, daß ein einzelner Beschluß ihrer Generalversammlung von zweifelhaftem Sinn, und den sie selbst bei ihren weiteren Maßnahmen so ausgelegt hat, daß er die Rechte des Beklagten verletzt, für ihn auch nur in eingeschränkterem Umfange verbindlich sei.

Darin, daß der Beklagte sich jenem Beschluß vom Juni 1893 durch die wieder zurückgenommene Einreichung seiner Aktien nicht unterworfen hat, ist dem Berufungsgericht beizutreten.

Ist das Recht eines Aktionärs zur Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung davon abhängig, daß ihm vermöge seines Aktienbesitzes das Stimmrecht zustand? Einfluß des Umstandes, daß in der Generalversammlung Aktionäre, welche für eine gewisse Frage vom Stimmrecht ausgeschlossen waren, zu Unrecht mit abgestimmt haben, auf

die Gültigkeit des Beschlusses. Tragweite der Aufhebung eines die Dechargeertheilung aussprechenden Beschlusses der Generalversammlung.

R.G. I. Civ.-Sen. Urtheil vom 9. Januar 1897. I. 406/96.

Thatbestand.

Der Kläger ist Besitzer von drei alten, über je 300 ℳ lautenden Aktien der Aktiengesellschaft G., deren neue Aktien auf je 1500 ℳ lauten. Während jede neue Aktie eine Stimme in der Generalversammlung hat, gewährt erst der Besitz von fünf alten Aktien statutarisch eine Stimme. An der am 26. Juni 1893 in Berlin abgehaltenen Generalversammlung hat der Kläger in der Weise theilgenommen, daß er sich durch einen mit Vollmacht versehenen Mitaktionär K. vertreten ließ. Dieser Bevollmächtigte des Klägers hat ausweislich des über die Generalversammlung aufgenommenen notariellen Protokolls für sich und seinen Machtgeber gegen die Beschlüsse der Generalversammlung, durch welche die vorgelegte Bilanz für den 31. Dezember 1892 genehmigt, die Vertheilung einer Dividende von drei Prozent des Aktienkapitals beschlossen und dem Vorstande und Aufsichtsrath Entlastung bezüglich der Geschäftsführung im Jahre 1892 ertheilt worden war, Widerspruch erhoben. Auf diesen Widerspruch gestützt, hat der Kläger gegen den Vorstand und Aufsichtsrath der Aktiengesellschaft mit dem Antrage geklagt, die Beschlüsse der Generalversammlung, denen er widersprochen hatte, für ungültig zu erklären. Dieser Klageantrag hat, soweit er die Dividendenvertheilung betraf, dadurch seine Erledigung gefunden, daß eine spätere Generalversammlung den betreffenden angefochtenen Beschluß aufgehoben hat. Hinsichtlich der beiden anderen Beschlüsse ist die Anfechtungsklage des Klägers in folgender Weise begründet:

1. In Folge einer von ihm gegen die Beschlüsse der Generalversammlung vom 26. Juni 1888 erhobenen Anfechtungsklage sei die dem Vorstande und dem Aufsichtsrathe der Aktiengesellschaft für das Geschäftsjahr 1887 ertheilte Decharge für ungültig erklärt worden und deshalb als nicht ertheilt anzusehen. Vorstand und Aufsichtsrath hätten jedoch jenes Urtheil völlig unbeachtet gelassen und den Aktionären keine Mittheilung davon gemacht. Demzufolge ermangelten die für die späteren Jahre ertheilten Dechargen und so auch die für das Jahr 1892 ertheilte der thatsächlichen und rechtlichen Grundlage, weil sie auf der für ungültig erklärten Decharge fußten.

2. Die in der Generalversammlung vom 26. Juni 1893 bezüglich der Genehmigung der Bilanz und der Entlastung der Gesellschaftsorgane gefaßten Beschlüsse seien ungültig, weil sie nicht mit der zu ihrer Gültigkeit erforderlichen Mehrheit des in der Versammlung vertretenen Kapitals gefaßt seien. Das vertretene Kapital habe 254100 ℳ betragen, darunter hätten sich jedoch Aktien im Gesammtbetrage von 153000 ℳ befunden, welche den Mitgliedern des Vorstandes und des Aufsichtsrathes gehörten und gemäß Artikel 190[3], 221 des

H.G.B.'s bei der Beschlußfassung hätten ausscheiden müssen. Nach Abzug dieser 153000 ℳ und der den wiedersprechenden Aktionären gehörenden 21600 ℳ Aktien verblieben nur noch 79500 ℳ, welche nicht die absolute Mehrheit des vertretenen Aktienkapitals darstellten, wie sie der § 27 des Statuts zur Gültigkeit der Beschlüsse der Generalversammlung erfordere.

3. Die vorgelegte Bilanz sei auch sachlich unrichtig und die Geschäftsführung der Gesellschaftsorgane eine pflichtwidrige, wie im Einzelnen darzulegen gesucht wird.

Die Beklagten haben Abweisung der Klage beantragt. Zunächst führen sie aus, daß der Kläger als Eigenthümer von nur drei alten Aktien, weil nicht stimmberechtigt auch nicht zur Anfechtung berechtigt sei. Sie sind ferner der Meinung, daß die Ungültigkeitserklärung der Decharge für 1887 durch die Entlastungen für die folgenden Jahre geheilt seien und halten etwaige Regreßansprüche aus dem Jahre 1887 für verjährt. Sie führen weiter aus, daß die angefochtenen Beschlüsse mit der statutenmäßigen Mehrheit gefaßt seien, denn wenn man die Aktien der Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder von der Gesammtheit des Aktienkapitals abziehe, so verblieben noch 101100 ℳ. Da nun nur 21600 ℳ gegen die Genehmigung der Bilanz und die Ertheilung der Decharge gestimmt hatten, so seien die Beschlüsse mit der erforderlichen Mehrheit gefaßt. Die sachlichen Angriffe des Klägers werden von den Beklagten für unbegründet erklärt.

Das Gericht erster Instanz hat dem Antrage des Klägers entsprechend die Beschlüsse der Generalversammlung vom 26. Juni 1893, soweit sie die Genehmigung der Bilanz und die dem Vorstand und dem Aufsichtsrath ertheilte Decharge betreffen, für ungültig erklärt. Die Berufung der Beklagten ist durch Urtheil des fünften Civilsenats des Kammergerichts zu Berlin vom 10. Oktober 1896 zurückgewiesen worden.

Das Berufungsurtheil wurde aufgehoben aus folgenden Gründen:

Zutreffend ist es, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß der Kläger zur Anfechtung der Generalversammlungsbeschlüsse, denen sein an der Generalversammlung theilnehmender Bevollmächtigter widersprochen hat, befugt sei, obgleich sein Aktienbesitz ihm ein Stimmrecht nicht gewährt. Nach Artikel 190a, 222 des H.G.B.'s ist zur Anfechtung befugt jeder in der Generalversammlung erschienene Aktionär, sofern er gegen den angefochtenen Beschluß Widerspruch zum Protokoll erklärt hat. Diese Voraussetzungen der Klage, die Eigenschaft des Klägers als Aktionär und der protokollarische Widerspruch liegen vor. Daß der anfechtende Aktionär das Stimmrecht haben müsse, ist im Gesetze nicht bestimmt und auch aus dem Sinne des Gesetzes nicht herzuleiten. Das Anfechtungsrecht stellt sich vielmehr als ein von dem Stimmrecht unabhängiges, aus dem Theilnahmerecht jedes Aktionärs an den Angelegenheiten der Aktiengesellschaft fließendes Recht dar, das auch in dem § 20 der Statuten der Aktiengesellschaft G. wenigstens insoweit eine Anerkennung findet, als dort ausdrücklich die Berechtigung der

Besitzer von einer oder mehreren Aktien zur Theilnahme an der Generalversammlung ausgesprochen ist, obgleich das Stimmrecht durch den Besitz von je fünf alten Aktien über 300 *M* oder einer neuen Aktie von 1500 *M* bedingt wird.

Das Berufungsgericht hat die Anträge des Klägers für gerechtfertigt erachtet, weil bei der Genehmigung der Bilanz der Vorstand und die Mitglieder des Aufsichtsraths entgegen der Vorschrift des Artikels 190 Abs. 3 des H.G.B.'s mit abgestimmt hätten, was die Ungültigkeit der ganzen Abstimmung zur Folge habe und auch die Ungültigkeit des die Entlassung betreffenden Beschlusses nach sich ziehe, weil dem letzteren Beschlusse die Grundlage fehle, so lange die Bilanz nicht geprüft und genehmigt sei. Diese Begründung des angefochtenen Urtheils wird von der Revision mit Recht als rechtsirrthümlich angegriffen.

Nach dem Protokoll über die Generalversammlung vom 26. Juni 1893 und dem demselben beigefügten Verzeichniß der erschienenen stimmberechtigten Aktionäre und ihres Aktienkapitals betrug das gesammte vertretene Aktienkapital 254100 *M*. Daran waren die erschienenen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes mit 153000 *M* betheiligt. Gegen die Genehmigung der Bilanz haben drei Aktionäre mit einem Aktienkapital von 21600 *M* gestimmt, mithin für die Genehmigung außer den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrathes Aktionäre mit einem Aktienkapital von 79500 *M*. Daß bei solcher Sachlage die Abstimmung nicht schon deshalb ungültig ist, weil die Aktionäre, welche außer den Vorstands- und Aufsichtsrathsmitgliedern für die Genehmigung gestimmt haben, nicht die Majorität des *gesammten*, in der Generalversammtlung vertretenen Aktienkapitals ausmachen, bedarf kaum der Begründung. Der § 27 des Gesellschaftsstatuts lautet in seinem vierten Absatz:

> „Die Generalversammlung faßt ihre Beschlüsse mit absoluter Stimmenmehrheit des in der Versammlung vertretenen Kapitals, *mit Ausnahme der in diesem Statut und im Gesetz bezeichneten Fälle*"

berücksichtigt also auch die gesetzlichen Vorschriften, durch welche einzelne in der Generalversammlung anwesende Aktionäre von der Abstimmung in gewissen Fällen ausgeschlossen werden. Wenn also, wie der Kläger zur Begründung seiner Anträge selbst ausführt, die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths durch Artikel 190 Abs. 3 des H.G.B.'s auch von der Abstimmung über die Genehmigung der Bilanz ausgeschlossen waren, so war deren Aktienkapital gesetz- und statutengemäß bei der Feststellung der für diese Beschlußfassung erforderlichen Stimmenmehrheit außer Berechnung zu lassen. Eine andere Auslegung des Statuts würde zu dem unvernünftigen Resultat führen, daß, wenn die größere Hälfte des Aktienkapitals sich in den Händen des Vorstandes und Aufsichtsraths befände, bei deren Anwesenheit in der Generalversammlung eine rechtsgültige Beschlußfassung über die Bilanz und die Entlastung überhaupt nicht stattfinden könnte. Ist hiernach für die Beschlußfassung über die Genehmigung der Bilanz und die Entlastung das Aktienkapital der Mitglieder des Vorstandes und der

Aufsichtsrathsmitglieder vorweg auszuscheiden und kommt für die Berechnung der Stimmenmehrheit nur der Rest des vertretenen Aktienkapitals, im Gesammtbetrage von 101 100 ℳ in Betracht, so ist, da 79 500 ℳ für die Genehmigung der Bilanz gestimmt haben, die absolute Stimmenmehrheit für diesen Beschluß vorhanden.

Vergl. Bolze, Praxis, Bd. 17 Nr. 531.

Der Grund, aus dem das Berufungsgericht eine solche Ausscheidung der unzulässiger Weise abgegebenen Stimmen für nicht thunlich erachtet, ist unhaltbar. Es meint, man könne nicht unterstellen, daß, wenn das Gewicht der Stimmen der Vorstands- und Aufsichtsrathsmitglieder für die Genehmigung der Bilanz fortgefallen wäre, die übrigen Aktionäre ebenso gestimmt haben würden, wie sie gestimmt haben. Dabei ist übersehen, daß die übrigen Aktionäre bei ihrer Abstimmung über die Bilanz von vornherein davon ausgehen mußten, daß deren Richtigkeit von dem Vorstande und Aufsichtsrath, welche der Generalversammlung diese Bilanz zur Genehmigung vorgelegt hatten, vertreten werde und daß die erwähnten Gesellschaftsorgane in der Lage waren, bei der der Beschlußfassung vorausgehenden Diskussion das ganze Gewicht ihres Einflusses für die Genehmigung der Bilanz geltend zu machen, so daß nicht ersichtlich ist, welches weitergehende besondere Gewicht ihre Stimmenabgabe auf die Abstimmung der übrigen Aktionäre geübt haben könnte. Außerdem aber ist die Abstimmung als eine Willenserklärung, von dem Falle einer vorsätzlichen Täuschung abgesehen, eines falschen Beweggrundes wegen selbst von dem Abstimmenden nicht anzufechten, geschweige denn von einem Dritten. Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht hiernach, soweit sie den die Genehmigung der Bilanz betreffenden Beschluß für ungültig erklärt, auf Rechtsirrthum und da die Ungültigkeit des Entlastungsbeschlusses, an dessen Fassung der Vorstand und die Aufsichtsrathsmitglieder unstreitig nicht Theil genommen haben, lediglich auf den Zusammenhang zwischen der Genehmigung der Bilanz und der Entlastung gestützt ist, so unterliegt das ganze Berufungsurtheil der Aufhebung, sofern es sich nicht aus anderen Gründen als gerechtfertigt darstellt.

In dieser Beziehung kommt zunächst in Betracht, ob sich die Ungültigkeit der Beschlüsse über die Genehmigung der Bilanz und die Entlastung der Verwaltungsorgane für das Jahr 1892 als eine Folge der durch rechtskräftiges Urtheil erfolgten Aufhebung der für das Jahr 1887 ausgesprochenen Entlastung ergiebt, wenn, wie nicht bestritten ist, die Entscheidung des Vorprozesses nicht zur Kenntniß der Aktionäre gebracht worden ist, die Beschlußfassung in den folgenden Jahren also in Unkenntniß jener Entscheidung erfolgt ist. Das ist zu verneinen.

Die vorgelegten Urtheile des Vorprozesses ergeben, daß durch dieselben der Beschluß der Generalversammlung vom 26. Juni 1888, der dem Vorstande und dem Aufsichtsrathe für das Geschäftsjahr 1887 Decharge ertheilte, lediglich aus

dem Grunde für ungültig erklärt worden ist, weil er auf der Abstimmung von drei Mitgliedern des Aufsichtsraths beruhte, welche mit dem Kläger die damalige Generalversammlung gebildet hatten. Sachliche Beschwerden gegen die Geschäftsführung der Verwaltungsorgane sind in dem Vorprozesse nicht erhoben worden, und noch weniger ist ersichtlich, daß die damals vorgelegte Bilanz irgendwie bemängelt worden sei. Unter solchen Umständen ist die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses für das Jahr 1887 ohne jede Bedeutung für die Genehmigung der Bilanz am Schlusse des Jahres 1892. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Aufhebung des die Bilanz für den Schluß des Jahres 1887 feststellenden Beschlusses zur Folge haben würde, daß damit der Rechnungslegung für die folgenden Jahre die Grundlage entzogen, und die Rechtsgültigkeit der für diese Jahre gefaßten Beschlüsse in Frage gestellt wäre. Um die Aufhebung eines solchen Beschlusses handelt es sich aber nicht, sondern um die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses. Nun ist zuzugeben, daß die Feststellung der Bilanz und die Entlastung meist in solchem Zusammenhange stehen, daß die Verweigerung der Bilanzgenehmigung auch die Verweigerung der Entlastung zur Folge haben wird. Aber die Nichtertheilung der Entlastung hat keineswegs die Rückwirkung, daß damit auch die genehmigte Bilanz hinfällig wird. Es können Gründe zur Verweigerung der Entlastung bestehen, obgleich die Bilanz die wahre Vermögenslage der Aktiengesellschaft statuten- und gesetzmäßig darstellt und deshalb genehmigt werden muß. Am wenigsten aber kann aus der Aufhebung des Entlastungsbeschlusses ein Rückschluß auf die Ungültigkeit der Bilanz gemacht werden, wenn der Entlastungsbeschluß lediglich aus formellen Gründen angefochten und aufgehoben worden ist. Hieraus ergiebt sich, daß die Urtheile des Vorprozesses für die Feststellung der Bilanzen des Jahres 1887 und der folgenden Jahre, insbesondere auch des Jahres 1892 bedeutungslos sind und die Aufhebung des die Bilanz für 1892 genehmigenden Beschlusses nicht zu rechtfertigen vermögen. Ebensowenig aber bieten sie eine Grundlage für die Aufhebung des angefochtenen Entlastungsbeschlusses, der sich nur auf die Geschäftsführung während des Jahres 1892 bezieht, also die Entlastung für das Jahr 1887 weder berührt, noch durch diese bedingt wird.

Ob die sachlichen Angriffe des Klägers gegen die vorgelegte Bilanz und die Geschäftsführung der Verwaltungsorgane die Ungültigkeitserklärung der angefochtenen Beschlüsse zu rechtfertigen vermögen, kann in dieser Instanz nicht geprüft werden, da diese Angriffe wenigstens zum Theil auf thatsächlicher Grundlage beruhen und in den Vorinstanzen noch nicht zur Erörterung gezogen sind. Es war deshalb die Aufhebung des Berufungsurtheils und die Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz geboten.

Kann der Schuldner den Besitz der ihm gepfändeten Sachen durch Uebergabe auf einen Andern übertragen? § 712 der C.P.O., § 199, § 201 des B.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. Januar 1893. O. III. 83/92.

Auf Antrag des Beklagten H. sind am 27. Juni 1890 wegen einer Forderung von 209 ℳ 10 ₰. und am 10. Juni 1891 wegen einer solchen von 210 ℳ 10 ₰. ein Pianino sowie am 1. Juli 1890 wegen einer Forderung von 208 ℳ 10 ₰. ein Büffet und ein Bierapparat in der Wohnung seines Schuldners, des Konditors Hermann K., gepfändet worden. Ferner sind auf Antrag des Mitbeklagten Sch. wegen einer ihm an den letzteren zustehenden Forderung bei diesem am 5. Mai 1890 außer jenem Pianino noch ein Billard mit Zubehör gepfändet worden.

Der Vater jenes K. hat, unter Bezugnahme auf die vorstehenden Thatsachen, wider die genannten Hülfspfandgläubiger Klage mit dem Antrage erhoben, die Zwangsvollstreckung in jene Gegenstände aufzuheben, und behauptet, die auf deren Antrag seinem Sohne abgepfändeten Gegenstände seien zur Zeit der Pfändung Eigenthum des Schießhauswirthes G. gewesen, indem dieser sie laut schriftlichen Vertrags vom 30. Oktober 1889 mit noch anderen Gegenständen von dem Schuldner, K. dem jüngeren, für den Preis von 1533 ℳ — gekauft und übergeben erhalten habe, G. habe aber die solchergestalt erworbenen Gegenstände laut schriftlichen Vertrags vom 28. Juli 1891 für den gleichen Kaufpreis an ihn, dem Kläger, weiter veräußert und ihm übergeben und er, Kläger, habe sie darauf seinem Sohne zur einstweiligen Aufbewahrung für ihn überlassen.

Die Beklagten haben diese Behauptungen bestritten und erklärt, eventuell würden von ihnen die klägerischerseits in Bezug genommenen Käufe vom 30. Oktober 1889 und vom 28. Juli 1891, dafern der Kauf mit G. nicht schon als ein bloses Scheingeschäft angesehen werden sollte, auf Grund von § 3 und beziehentlich § 11 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 angefochten, indem ihre Forderungen an K. den jüngeren schon zu der Zeit, zu welcher G. die Sachen von diesem gekauft haben solle, bestanden hatten und K. der jüngere schon damals zahlungsunfähig gewesen sei, G. dies auch gewußt habe und mithin die Veräußerung der Sachen an ihn nur in der ihm bekannten Absicht K.'s des jüngeren, dessen Gläubiger zu benachtheiligen, erfolgt sein könnte.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Aus den Gründen des zweitinstanzlichen Urtheils:

Das Berufungsgericht erachtet die ausgesprochene Klagabweisung für gerechtfertigt. Selbst angenommen, die Verträge vom 30. Oktober 1889 und vom 28. Juli 1891 charakterisirten sich nicht als bloße Scheingeschäfte und unterlägen nicht der Anfechtung auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 und es habe G. nach Abschluß des letzteren Vertrags K. den jüngeren unter Bezugnahme

auf diesen Vertrag in erkennbarer Weise angewiesen, die Inhabung der verkauften Gegenstände, als deren bisheriger rechtmäßiger und redlicher Besitzer er solchenfalls anzusehen sein würde, für den Kläger als den Käufer fortzusetzen, würde die Klage doch um deswillen nicht der Abweisung entgehen können, weil der sofortigen Wirksamkeit dieser Anweisung die Thatsache entgegenstünde, daß diese Gegenstände, soweit sie jetzt noch in Frage kommen, damals bereits im Wege der Zwangsvollstreckung für die Beklagten H. und Sch. gepfändet waren. Daß diese Pfändungen, obschon die hierbei von dem Gerichtsvollzieher in Besitz genommenen Gegenstände im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, in einer nach § 712, Abs. 2 der C.P.O. ihre Wirksamkeit bedingenden Weise erfolgt sind, beruht außer Streit. Durch diese Pfändungen haben daher die genannten beiden Beklagten den Pfandbesitz an den für sie gepfändeten Gegenständen erworben,

(vergl. auch die Kommentare zur C.P.O. (zu § 712) von von Wilmowski und Levy, 6. Aufl. Bd. II, Seuffert, 5. Aufl., Anmerkg. 1, S. 815, Gaupp, 2. Aufl., Bd. II, Anmerkg. III, S. 428.)

Sie üben diesen Pfandbesitz durch den Gerichtsvollzieher als ihren Stellvertreter aus, indem der gepfändete Schuldner die Pfandgegenstände nunmehr lediglich für diesen inne hat. Auch in solchen Fällen, wo die Pfänder im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, findet eine Besitznahme derselben seiten des Gerichtsvollziehers für den Gläubiger statt. Sie muß nur äußerlich durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich gemacht werden. Ist daher die Pfändung in dieser Weise erfolgt, so wird die Inhabung des Schuldners ohne weiteres in eine solche für den den Pfandbesitz für den Gläubiger ausübenden Gerichtsvollzieher verwandelt,

(vergl. auch Gaupp, a. a. O., Anmerkg. II, S. 427, Nessel in Gruchot's „Beiträge" 2c., XXVIII. Jahrg. 103 flg.).

Dies hat zur Folge, daß der Schuldner den Besitz der Sachen, auch wenn er nur Inhaber derselben für einen anderen war, dieser deren Inhabung verliert. Hieraus ergiebt sich von selbst als nothwendige Konsequenz, daß bis zur Aufhebung des Pfandrechtes weder der Schuldner den Besitz an den Pfandgegenständen durch körperliche oder symbolische Uebergabe oder durch constitutum possessorium mit Erfolg auf einen anderen übertragen kann, noch auch insbesondere, wenn er zur Zeit der Pfändung bloßer Inhaber der gepfändeten Sachen für deren Besitzer war, dessen ihm ertheilte Anweisung, die Sachen nunmehr für denjenigen innezuhaben, mit welchem er ein den Uebergang des Besitzes auf denselben bezweckendes Rechtsgeschäft eingegangen ist, rechtliche Wirksamkeit zu äußern vermag.

Bei Anwendung dieser in der Rechtsprechung feststehenden Grundsätze

— vergl. insbesondere Archiv von Wengler, N. F. I. Jahrg. S. 782 flg. und VI. Jahrg. S. 17 flg. —

auf den vorliegenden Fall würde, selbst wenn alle übrigen Streitfragen zu Gunsten

Klägers zu beantworten wären, dessen Verlangen den beiden Beklagten H. und Sch. gegenüber immer daran scheitern, daß er ihnen gegenüber an den für sie gepfändeten Gegenständen ein deren Veräußerung hinderndes Recht, da eine Anweisung G.'s an K. den jüngeren, die Inhabung dieser Gegenstände für ihn, den Kläger, als deren Käufer fortzusetzen, erst von Zeit der Aufhebung der von den genannten beiden Beklagten daran erlangten Hülfspfandrechte Wirksamkeit äußern und daher der Besitz an den Kaufsgegenständen erst mit diesem Zeitpunkte, vorausgesetzt, daß sich dann K. der jüngere überhaupt noch in deren Inhabung befände, auf ihn, den Kläger, übergehen würde, noch nicht erworben und somit auch sein Widerspruch gegen die erfolgten Zwangsvollstreckungen keinen Anspruch auf Beachtung hätte.

Günstiger für den Kläger gestaltete sich die Sache auch dann nicht, wenn man in Betracht zöge, daß nach dem Wortlaute der Vertragsurkunde vom 28. Juli 1891 und nach der beeideten Aussage des Zeugen F. die Uebergabe der von dem Kläger erkauften Gegenstände an diesen dadurch ins Werk gesetzt worden ist, daß der letztere in Gegenwart G.'s diese Gegenstände einzeln mit der Hand berührt und sodann seinen Sohn beauftragt hat, sie für ihn in seinem Gewahrsam zu behalten. Gesetzt den Fall auch, der Kläger habe auf diese Weise mit Zustimmung G.'s symbolisch Besitz an den erkauften Gegenständen zu ergreifen beabsichtigt, so würde dies doch schon um deswillen wirkungslos gewesen sein, weil eine gültige symbolische Uebergabe im Sinne von § 199 des B.G.B.'s von dem Besitzer nur, wenn er zugleich Inhaber ist, vorgenommen werden kann,

— vergl. auch Archiv von Wengler, N. F., VIII. Jahrg. S. 506 —,

G. aber nicht Inhaber der verkauften Gegenstände war und in dem Falle, wenn, wie hier, Besitzer und Inhaber zwei verschiedene physische Personen sind und der letztere trotz der Veräußerung der Sachen an einen Dritten in deren Inhabung für diesen verbleiben soll, die Uebergabe des Besitzes an den Dritten, auf welchen solcher infolge des von dem bisherigen Besitzer mit ihm eingegangenen Veräußerungsgeschäftes übergehen soll, nur auf dem in § 201, Satz 2 des B.G.B.'s vorgeschriebenen Wege erfolgen kann. Das Betreten dieses Weges würde aber im vorliegenden Falle gezeigtermaßen solange keine Wirksamkeit zu äußern vermocht haben, als das Hülfspfandrecht der Beklagten H. und Sch. an den betreffenden Kaufsgegenständen, was noch gegenwärtig der Fall ist, bestünde.

Zur Lehre von der Auslobung (§ 771 des B.G.B.'s). Oeffentliches Versprechen einer Belohnung für den Finder einer Brieftasche. Ist der Auslober gehalten, die Belohnung auszuzahlen, wenn ihm nur ein Theil

des Verlorenen zurückgebracht wird, — auch dem unredlichen Finder gegenüber?

L.G. Leipzig, Civil.-K. II. Urtheil vom 18. Juni 1896. Dg. II 111/96.

Der Beklagte hatte im Herbst 1895 bei einer Jagd seine Brieftasche verloren und durch den Amtmann R. dem Finder öffentlich eine Belohnung von 30 Mark zusichern lassen. Der Kläger, der die Tasche einige Wochen darnach beim Rübenausmachen auf dem Felde gefunden hatte, erhob Anspruch auf die ausgesetzten 30 Mark. Die Brieftasche enthielt, als sie dem Beklagten zurückgestellt wurde, außer zwei Jagdkarten nur noch einen Zettel mit Notizen, die der Beklagte dem Amtmann R. gegenüber früher als für ihn sehr wichtig bezeichnet hatte, deren Wichtigkeit er aber nachmals in Abrede stellte. Der Beklagte weigerte sich, irgend etwas an den Kläger zu bezahlen. Er behauptete:

1. in der Brieftasche hätten sich zur Zeit des Verlustes außerdem noch mindestens 50 Mark in Kassenscheinen befunden, die entweder der Kläger selbst oder mit dessen Wissen ein Anderer herausgenommen habe;

2. die Brieftasche allein sei bei ihrem Verluste etwa 5 Mark, bei ihrer Rückgabe nichts mehr werth gewesen, da sie völlig beschmutzt und durchnäßt gewesen sei. Die Jagdkarten hätten für ihn ebenfalls keinen Werth mehr gehabt, da er sich inzwischen neue gelöst habe;

3. Er habe dem Finder durch R. nur von dem Inhalte der Brieftasche eine Belohnung versprechen lassen, sei also, da ihm kein Geld zurückgebracht worden sei, zu nichts verbunden.

Das Amtsgericht erhob Beweis durch Vernehmung der von beiden Theilen benannten Zeugen und verurtheilte den Beklagten unbedingt dem Klagantrage gemäß. Das Berufungsgericht erkannte dagegen auf zwei Eide: zunächst auf einen richterlichen Eid des Beklagten darüber, daß sich in der ihm vom Kläger zurückgegebenen Brieftasche bei ihrem Verluste im Herbste 1895 in der That mindestens 50 Mark in Papiergeld befunden hätten. Bei Verweigerung des Eides ist der Beklagte zur Bezahlung der vollen geforderten 30 Mark verurtheilt worden, während im Falle der Leistung des Eides alsdann erst noch der Kläger den Schiedseid dahin zu schwören haben sollte, daß er aus der von ihm aufgefundenen Brieftasche des Beklagten kein Geld herausgenommen noch auch einem Anderen die Wegnahme gestattet habe. Bei Leistung dieses zweiten Eides ist die Verurtheilung des Beklagten auf den Betrag von 15 Mark beschränkt, im andern Falle dagegen die Klage im vollen Umfange abgewiesen worden.

Aus den Gründen:

Der Kläger fordert die 30 Mark nicht als gesetzlichen Finderlohn, sondern auf Grund der vom Beklagten bewirkten Auslobung.

1. Daß der Beklagte nicht in der von ihm jetzt behaupteten Weise die Auslobung beschränkt und nur von dem Inhalte der Brieftasche 30 Mark dem Finder

versprochen hat, hat der erste Richter mit Recht als erwiesen angenommen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß er den Finderlohn nun auch ohne alle Rücksicht auf den wiedererlangten Inhalt jener Tasche versprochen habe, vielmehr muß als seinem Willen entsprechend angenommen werden, daß er die 30 Mark für die Brieftasche mit Inhalt, für die Brieftasche so wie er sie verloren, versprochen habe. Das entspricht der Auffassung des gewöhnlichen Lebens. Wer eine Geldtasche mit Geld gefüllt verliert, will nicht sowohl die Geldtasche als das Geld zurück haben. Daß dies aber der Wille des Beklagten gewesen sei, erhellt noch besonders aus der Höhe des ausgesetzten Betrags. Der Kläger kann nicht annehmen, daß der Beklagte für die Wiedererlangung lediglich der Brieftasche, die, wie er nicht bestritten hat, höchstens 5 Mark werth gewesen ist, 30 Mark Finderlohn aussetzen werde. Die Verurtheilung des Beklagten konnte demnach nicht schon deshalb erfolgen, weil er dem Finder für die Brieftasche 30 Mark versprochen und er die Brieftasche selbst zurückerhalten hatte, ohne daß auf den Inhalt der Brieftasche zur Zeit des Verlustes und zur Zeit der Rückgabe Rücksicht genommen würde. Dieser Inhalt ist keineswegs, wie der erste Richter meint, nur Beweggrund für die Auslobung des Beklagten gewesen, sondern in gleicher Weise wie die Brieftasche selbst Gegenstand des Vertrages und Versprechens. Der Kläger vermag daher die vollen ausgesetzten 30 Mark nur dann vom Beklagten zu beanspruchen, wenn er diesem die Brieftasche mit dem bei ihrem Verlust vorhanden gewesenen Inhalte wieder zurückgebracht hat. Daß dies geschehen sei, hat der Beklagte insofern bestritten, als er behauptet, die mit der Brieftasche zurückerhaltenen Jagdkarten seien gleich jener inzwischen werthlos geworden und das darin befindliche Geld im Betrage von 50 Mark sei bei der Rückgabe — worüber Einverständniß besteht — nicht in der Brieftasche erhalten gewesen.

Aus der Werthlosigkeit der Jagdkarten kann der Beklagte jedoch nicht sein Recht herleiten, den ausgelobten Betrag zurückzubehalten. Denn daß sie seit dem Verluste werthlos geworden sind, hat nicht der Kläger, sondern der Beklagte selbst verursacht dadurch, daß er sich inzwischen neue Jagdkarten verschafft hat. Hätte er dies nicht gethan, würden die Karten, die der Beklagte nur wenige Wochen nach ihrem Verluste und gelegentlich einer Treibjagd wieder erhielt, ihren Werth für ihn behalten haben, da zu jener Zeit die Jagdzeit noch nicht beendet war. Ebensowenig entbindet die durch die Witterung herbeigeführte Verschlechterung der Brieftasche selbst den Beklagten seiner Verpflichtung. Denn daß diese Verschlechterung eintreten könnte und würde, mußte der Beklagte ohne Weiteres voraussehen; wenn er gleichwohl schlechthin für die Rückgabe der Brieftasche eine Geldbelohnung versprach, schloß er damit auch die durch die Witterung verschlechterte Brieftasche ein. Daß sie aber in dem Maße gelitten habe, daß sie überhaupt nicht mehr als Brieftasche angesehen werden könnte, also gleichsam etwas anderes geworden sei, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden.

Dagegen ist allerdings wesentlich, ob sich in der Brieftasche bei ihrem Ver-

lust Geld befunden habe. Denn da einverstandenermaßen der Beklagte Geld mit der Brieftasche nicht zurückerhalten hat, würde er zur Bezahlung der ausgelobten 30 Mark nicht verpflichtet sein, wenn sich das behauptete Geld beim Verlust der Tasche darin befunden hätte. Die Bedingung, für deren Eintritt das Versprechen gegeben worden ist, wäre dann nicht eingetreten. Dieser vom Kläger bestrittene Umstand scheint jedoch einigermaßen wahrscheinlich gemacht dadurch, daß, wie durch das Zeugniß R.'s feststeht, der Beklagte sofort, als er diesem den Verlust der Brieftasche mittheilte und auch später, als er ihn mit der Auslobung der 30 Mark beauftragte, erklärt hat, es befänden sich 50 bis 60 Mark in der Brieftasche. Es ist daher angemessen, dem Beklagten zum Beweise seiner Behauptung gemäß § 437 der C.P.O. einen richterlichen Eid nachzulassen.

Verweigert der Beklagte den ihm auferlegten Eid, so steht fest, daß sich in der Brieftasche kein Geldbetrag von mindestens 50 Mark bei ihrem Verlust befunden hat. Dann hat sich aber das Versprechen, dem Finder der Brieftasche 30 Mark zu bezahlen, auch nicht auf die Wiederverschaffung einer Brieftasche mit 50 Mark Inhalt bezogen und der Beklagte kann sich aus dem Grunde, weil in der zurückerhaltenen Brieftasche keine 50 Mark gewesen seien, nicht der Verbindlichkeit entziehen, die 30 Mark zu bezahlen. Er hat alsdann alles das zurückerlangt, wofür er den Finderlohn ausgelobt hat und es muß in diesem Falle seine Verurtheilung nach dem Klagantrage erfolgen.

2. Leistet der Beklagte aber den Eid, so steht im Gegentheil fest, daß sich in der Brieftasche bei ihrem Verluste mindestens 50 Mark Geld befunden haben. In diesem Falle vermag der Kläger zwar nicht die vollen 30 Mark zu fordern, ebensowenig ist der Beklagte aber auch ohne Weiteres jeder Zahlungspflicht entbunden. Die ausgesetzten 30 Mark sollten eine Belohnung dafür sein, daß dem Beklagten die Brieftasche mit ihrem vollen Inhalte zurückgebracht wurde. Es ist selbstverständlich, daß der Beklagte bei der Auslobung zunächst nur den Fall ins Auge gefaßt hat, daß ihm alles das, was er verloren hat, zurückgebracht wird. Wenn nun aber auch für den Fall, daß ihm nur ein Theil des Verlorenen zurückgebracht wird, ausdrücklich nichts bestimmt ist, so wird man es doch als dem billigen Willen des Auslobenden entsprechend ansehen müssen, daß in diesem Falle ein entsprechender Theil des ausgelobten Betrages, wie er im Verhältniß zu dem Zurückgebrachten steht, als Belohnung ausgesetzt gelten soll. Auch derjenige, an den sich die Auslobung richtet, wird nach Treu und Glauben im Verkehr annehmen dürfen, daß ihm für die Zurückbringung eines Theiles der verlorenen Sachen wenigstens ein angemessener Theilbetrag der ausgelobten Summe zukomme. Dann aber hat der Kläger, der unbestritten die Brieftasche mit den Jagdkarten und den in der Brieftasche befindlichen Notizen des Beklagten diesem zurückgebracht hat, Anspruch wenigstens auf einen Theil der ausgelobten 30 Mark. Mit Rücksicht auf den Werth dieser zurückgebrachten Gegenstände und namentlich darauf, daß erwiesenermaßen der Beklagte dem Zeugen R.

gegenüber die in der Brieftasche enthaltenen Notizen selbst als wichtig bezeichnet hat, wofür auch die Höhe des ausgesetzten Betrages von 30 Mark spricht, die sich allein aus dem Geldbetrage von 50 Mark und den Jagdkarten kaum erklären ließe, hält das Gericht in diesem Falle eine Belohnung von 15 Mark, der Hälfte des ausgelobten Betrages, für angemessen.

3. Auch hierauf jedoch würde der Kläger keinen Anspruch erheben können, wenn erwiesen würde, was der Beklagte behauptet, daß der Kläger selbst oder mit seinem Wissen ein Anderer vor der Rückgabe der Brieftasche das darin befindliche Geld herausgenommen habe. Denn, wenn auch als Wille des Beklagten angenommen werden darf, dem redlichen Finder auch nur eines Theiles der verlorenen Gegenstände wenigstens einen Theil des ausgelobten Betrages zukommen zu lassen, so wird doch niemals angenommen werden können, daß sein Wille dahin ging, auch dem unredlichen Finder, der einen Theil der gefundenen Gegenstände zurückbehält und nur einiges zurückgiebt, hierfür noch eine angemessene Belohnung zukommen zu lassen, und ebensowenig kann das der unredliche Finder nach Treu und Glauben annehmen. Ein unredlicher Finder wäre aber der Beklagte, wenn er selbst das Geld zurückbehalten oder als Gehülfe einem Anderen die Herausnahme aus der Brieftasche gestattet hätte. Da der Beklagte hierüber dem Kläger den Eid zugeschoben hat und der Beweis der behaupteten Thatsache für die Leistungspflicht des Beklagten wesentlich ist, so war für den Fall, daß durch die Leistung des Beklagten zunächst erwiesen würde, daß sich Geld in der Brieftasche befunden hat, auf diesen zugeschobenen und vom Kläger angenommenen Eid zu erkennen. Von dessen Leistung oder Nichtleistung wird alsdann abhängig sein, ob der Beklagte zur Bezahlung, wenn nicht von 30, so doch wenigstens von 15 Mark verpflichtet ist oder nicht.

Gültigkeit eines Versprechens, durch das der wegen Beleidigung Angeklagte dem Privatkläger für Zurückziehung des Strafantrages Zahlung einer Geldsumme zu einem milden Zwecke verspricht. (§ 1410 des B.G.B.'s, § 11 des Einf.-Ges. z. Str.P.O.).

In einer zwischen dem Kläger als Privatkläger und dem Beklagten als Angeklagten wegen Beleidigung anhängig gewesenen Strafsache ist im Termine zur Hauptverhandlung ein Vergleich dahin geschlossen worden, daß der Kläger den Strafantrag zurückzieht, Beklagter dagegen eine Sühne von 20 M zur Abführung an den Verein für Feriencolonieen zahlt.

Die Einklagung der Sühne wurde in beiden Instanzen für zulässig gehalten.

Aus den Gründen des Urtheils des K. Amtsgerichts Reichenbach vom 6. Dezember 1895 (Cg. 929/95):

Daß das der Klage zu Grunde liegende Versprechen gegen die guten Sitten oder gegen Gesetze verstoße und daher unwirksam sei, ist nicht anzunehmen.

Die Zurücknahme des Strafantrages ist zunächst selbst nach Inhalt des Strafgesetzbuchs bei Beleidigungen zulässig. Die Rechtsordnung hat damit bekundet, daß sie kein Interesse an der Verfolgung der Beleidigung wider den Willen des Beleidigers hat. Wenn also der Beleidiger Schritte thut, um den Beleidigten zur Zurücknahme des Strafantrags zu bewegen, so sind dieselben nicht vor dem Gesetze unerlaubt. Und wenn er als Mittel zu diesem Erfolge das Versprechen einer Geldleistung benutzt, so kann dies zwar unter Umständen, nämlich dann, wenn die Geldzahlung lediglich dem Beleidigten zufließen soll und nicht als Entgelt für einen erlittenen Schaden aufgefaßt werden kann, also wenn der Beleidigte durch die Annahme des Geldes ein Geschäft aus der Beleidigung macht, als eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung angesehen werden; ausgeschlossen aber ist dieser Gesichtspunkt, wenn die Geldzahlung einem mildthätigen Zwecke dienen soll.

Der Gültigkeit des Versprechens der Sühnezahlung steht auch nicht die Erwägung entgegen, daß die Bestrafung von Vergehungen Sachen des Strafrichters und an den Strafprozeß gebunden, damit aber der Parteiwillkür entzogen und die Geltendmachung von in dieser Richtung laufenden Rechtsgeschäften im Civilprozesse ausgeschlossen sei. Die Sühnezahlung soll zwar nach dem Parteiwillen ein Opfer des Beleidigers und eine hierin begründete Genugthuung für den Beleidigten sein. Aber ein Ersatz für die Strafe ist sie nicht, sondern eine Gegenleistung für die Beendigung des Strafverfahrens ohne Urtheilsspruch. Es handelt sich bei dem Versprechen der Sühnezahlung und der civilprozessualen Geltendmachung dieses Versprechens nicht um Akte der gemäß § 11 des Einf.-Ges. z. Str.P.O. und nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung zugelassenen Verfolgung von Beleidigungen, sondern um Rechtsgeschäfte, die dazu dienen, die Beleidigung nicht verfolgen zu lassen. Daß solchen Versprechungen von Sühnezahlungen die Gültigkeit nicht abgesprochen werden darf, geht auch daraus hervor, daß die Strafprozeßordnung unter bestimmten Voraussetzungen Sühneversuche zur Vermeidung der Strafprozesse vorschreibt (§ 420), es aber in der Natur der Sache liegt, daß Aussichten auf den Sühneerfolg in vielen Fällen nur dann bestehen, wenn der Beleidiger sich zu einem Opfer versteht. Würde sie solche Opfer für dem Geiste des Strafrechts zuwiderlaufend und so als wirkungslos erachten wollen, so fehlte es in vielen Fällen der Beleidigung an einer Gegenleistung des Beleidigers, die doch die begriffliche Voraussetzung eines beide Theile zum Nachgeben verpflichtenden Vergleichs ist und die häufig kaum anders als durch eine vermögensrechtliche Leistung beschafft werden kann. Damit ist aber nicht gesagt, daß jedes Opfer, zu dem sich der Beleidiger versteht, rechtlich wirksam sein muß; nach dem Geiste des Strafrechts erscheinen z. B. Versprechungen einer

öffentlichen Abbitte u. dergl. wirkungslos und nicht im Civilprozesse verfolgbar. Bei Geldversprechungen bestehen aber solche Bedenken nicht.

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch steht der Gültigkeit des Sühnezahlungsversprechens nicht entgegen. Zwar bestimmt es in § 1410, daß über Verbrechen nur insoweit Vergleiche geschlossen werden können, als dadurch Privatrechte verletzt worden sind. Andererseits kann man nach dem Sinne dieser Vorschrift einen Vertrag über die Unterlassung der Fortführung eines Strafprozesses und über die Rücknahme eines Strafantrags doch nur dann als Vergleich über ein Verbrechen ansehen, wenn durch diesen Vertrag das öffentliche Interesse an der Verfolgung strafbarer Handlungen irgend wie berührt wird. Diese Voraussetzung liegt nicht vor; das Gegentheil folgt aus der Rücknehmbarkeit des Strafantrags, aus der grundsätzlichen Nichtbetheiligung der Staatsanwaltschaft an der Verfolgung der Beleidigung und aus der Vorschrift über das Sühneverfahren.

Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen. Aus den Gründen des Urtheils des L.G.'s Plauen (I. Civ. K.) v. 12. März 1896. (Dg. I. 4. 96):

„Da das fragliche Abkommen zwischen den Parteien im Verlaufe des Strafverfahrens und zum Zwecke der Beilegung dieses Verfahrens geschlossen worden ist, könnte es zweifelhaft erscheinen, ob dasselbe nicht überhaupt nur Bedeutung für das Gebiet des Strafrechts und des Strafprozesses habe und die Eigenschaft eines nach privatrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilenden und zur Anrufung des Civilrichters berechtigenden Vertrags nicht besitze. Allein über die rechtliche Bedeutung einer derartigen Vereinbarung, wie sie hier vorliegt, entscheidet nicht lediglich die äußere Gelegenheit, der sie ihre Entstehung verdankt, und die Umstände, unter denen sie zu Stande gekommen ist. Eine solche Vereinbarung kann neben ihrer öffentlich rechtlichen Natur sehr wohl noch von privatrechtlicher Erheblichkeit sein. Entscheidend für die Frage, ob dem in Rede stehenden Abkommen nur öffentlich rechtliche oder auch privatrechtliche Bedeutung zukomme, ist der Inhalt des Abkommens und der Charakter des daraus hergeleiteten, klagend verfolgten Anspruches (vergl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 21, S. 192). Dieser Anspruch ist privatrechtlicher Natur. Denn das Versprechen des Sühnegeldes stellt sich dar als eine vertragsmäßige, einen Vermögenswerth in sich schließende Gegenleistung für die Zurücknahme des vom Kläger wegen Beleidigung gestellten Strafantrags § 662, § 782 des B.G.B.'s."

Es wird sodann der Ansicht des ersten Richters, daß ein solches Abkommen privatrechtliche Gültigkeit habe, beigetreten und weiter über die Frage, ob dem Abkommen die Vorschrift in § 1410 des B.G.B.'s entgegenstehe, Folgendes bemerkt:

„Daß man bei dieser Bestimmung namentlich auch an Fälle der vorliegenden Art zu denken habe, wo Jemand sich durch eine gütliche Vereinbarung des Rechts auf einen Strafantrag gegen die Zusage irgend einer Gegenleistung begiebt, geht insbesondere aus den Protokollen der Revisionscommission des B.G.B.'s (Nr. 177)

hervor, wo die Frage, ob dergleichen Vergleiche für zulässig erklärt werden können, ausführlich besprochen worden ist. Nun ist zwar im vorliegenden Falle nicht ersichtlich, ob durch die Beleidigung eine Verletzung der Privatrechte des Klägers, die durch die Sühne von 20 ℳ ausgeglichen werden könnte, stattgefunden habe. Allein wenn auch der Wortlaut des § 1410 des B.G.B.'s die Folgerung nahe legt, daß über Verbrechen nur, soweit dadurch Privatrechte verletzt worden sind, Vergleiche geschlossen werden dürfen, so rechtfertigt doch die Entstehungsgeschichte des B.G.B.'s diese Schlußfolgerung nicht (vergl. Dr. Frese in der Ztschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 12, S. 85 flg.). Ein dem entsprechender Satz ist zwar in dem Held'schen Entwurf aufgenommen und ihm ist nach dem Protokolle Nr. 58 der Redaktionscommission noch der Satz hinzugefügt worden, daß, wenn bei Verbrechen, die bloß auf Antrag des Verletzten bestraft werden, für die Unterlassung oder Zurücknahme des Antrags durch Vergleich eine Leistung versprochen wird, die Leistung, sofern sie nicht in Schadensersatz oder Kostenübernahme besteht, nicht gefordert werden kann. Allein dieser Satz ist schließlich weggelassen worden, „da er (vergl. Protokoll Nr. 194) auf einem Prinzipe allgemeiner Natur beruhe, welches, wenn es der Erwähnung desselben überhaupt bedürfe, im allgemeinen Theile aufzustellen sein würde," und das einschneidende Wort „nur" oder „bloß" ist im B.G.B. nicht aufgenommen worden. Dieses allgemeine Prinzip ist aber offenbar, daß Rechtsgeschäfte, welche den guten Sitten widerstreitende Handlungen zum Gegenstand haben, nichtig sind. — Im gegebenen Falle liegt eine Unsittlichkeit nicht vor, da das Versprechen zu einem mildthätigen Zwecke gegeben ist.

Uebrigens erklären auch die Motive des I. Entwurfs eines deutsch. B.G.B.'s (Bd. II, S. 652), die aus einer Vorschrift, wie sie § 1410 des B.G.B.'s enthalte, etwa herzuleitende Schlußfolgerung, daß in ihr vermöge des argumentum e contrario das Prinzip zu finden sei, abgesehen von einem Vergleiche über die aus strafbaren Handlungen entstehenden Civilrechtsansprüche, sei jeder andere auf eine strafbare Handlung sich beziehende Vertrag unwirksam, für bedenklich und fügen noch hinzu, daß insbesondere die Gültigkeit der zur Abwendung des nach dem Strafgesetze zur strafrechtlichen Verfolgung erforderlichen Strafantrags geschlossenen Verträge nach den allgemeinen Grundsätzen des Entwurfs (§§ 105, 106, 344—347) zu beurtheilen sei."

Kommanditbetheiligung vorgenommen zum Scheine, um Dritte zur Kreditbewilligung an den persönlich haftenden Gesellschafter zu bestimmen. Haftung wegen Betrugs. Artt. 151, 13, 163 des H.G.B.'s, § 1504 des B.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 8. Februar 1897. O. II. 132/96.

Die Kläger sind im Konkurse des Schuhwaarenfabrikanten Karl H., Inhabers der Firma H. & Co. in Leipzig, mit einem Theilbetrage ihrer Forderungen

leer ausgegangen. Der Ausfall beträgt für den Kläger P. 375 Mk. 61 Pf., für die Klägerin C. & K. 1084 Mk. 95 Pf. Für diesen Ausfall machen sie den Beklagten verantwortlich unter dem Anführen, sie seien durch einen von diesem verübten Betrug zur Kreditgewährung an die Firma H. & Co. bestimmt worden. Am 1. März 1894 nämlich hat der Beklagte in Gemeinschaft mit seinem Bruder Karl zu Protokoll des Amtsgerichts Leipzig als Registerbehörde erklärt,

> sie hätten in Leipzig eine Kommanditgesellschaft unter der Firma H. & Co. errichtet, welche eine Schuhwaarenfabrik zum Gegenstande habe und wobei Karl H. als persönlich haftender Gesellschafter, der Beklagte (Wilhelm H.) als Kommanditist mit einer Vermögenseinlage von 6000 Mk. betheiligt sei.

Nach der Darstellung der Kläger soll nun aber der Beklagte von vornherein nicht die Absicht gehabt haben, 6000 Mk. einzuzahlen, und die ganze Veranstaltung der Brüder H. nur ein Scheinmanöver gewesen sein, welches darauf berechnet war, die Lieferanten der Firma zur Kreditgewährung an Karl H. zu bestimmen. Karl H. für seine Person befand sich zur Zeit der Errichtung der Kommanditgesellschaft in schlechten Vermögensverhältnissen. Er hatte am 28. Juli 1893 den Offenbarungseid geleistet, nachdem er zuvor durch einen Scheinkauf sein Waarenlager an den Schuhmachergesellen S. übertragen hatte, und sein Kredit war noch im Zeitpunkte der Gesellschaftserrichtung völlig erschöpft. Der Beklagte dagegen, der in X. ein Haus besaß und eine schwunghafte Praxis als Rechtskonsulent ausübte, galt als ein vermögender Mann.

Eingezahlt hatte der Beklagte die 6000 Mk. noch nicht, als die Brüder H. am 3. September 1894 sein Ausscheiden aus der Kommanditgesellschaft anzeigten. Schon wenige Tage später aber, am 10. September 1894, wurde zum Vermögen des Karl H. der Konkurs eröffnet. Hierzu würde es, nach der Auffassung der Kläger, nicht gekommen sein, wenn der Beklagte vor seinem Ausscheiden die angekündigten Baarmittel dem Geschäfte zugeführt hätte. Nachweislich hat einer Schuldenmasse von im Ganzen 16439 Mk. 63 Pf. eine Theilungsmasse von 11642 Mk. 35 Pf. gegenübergestanden. Die Unterbilanz von 4797 M. 28 Pf. läßt sich, nach der Darstellung der Kläger, direkt auf solche Einbußen zurückführen, welche Folge mangelnden Betriebskapitals und der dadurch hervorgerufenen Konkurseröffnung sind. Mindestens 1356 Mk. sind an Konkurskosten aufgewendet worden. 1948 Mk. 74 Pf. hat das Waarenlager weniger eingebracht, als nach der Taxe zu erwarten war. 480 Mk. betragen die Wechselspesen, Verzugszinsen und Prozeßkosten, welche im Konkurse angemeldet wurden. Eine auf die Maschinen von Karl H. geleistete Abschlagszahlung im Betrage von 1775 Mk. ging verloren, weil in Folge der Konkurseröffnung die Maschinen an den Lieferanten zurückfielen.

In erster Instanz ist die Klage aller Betheiligten abgewiesen worden mit der Begründung, es sei nicht nachgewiesen, daß die Kläger durch die dem Be-

klagten zugeschriebene Täuschung zur Kreditgewährung an H. & Co. bestimmt worden seien.

Auf die Berufung der Kläger wurde der Beklagte antragsgemäß verurtheilt.

Aus den Gründen:

Als der Beklagte am 1. März 1894 seine Betheiligung an der neu errichteten Kommanditgesellschaft in Firma H. & Co. mit 6000 Mk. Kapitaleinlage zum Handelsregister anzeigte, war er sich dessen sicher bewußt, daß durch den Eintrag der Kommanditgesellschaft im Handelsregister (Art. 151 des H.G.B.'s) das Publikum über seine Beziehungen zu dem Unternehmen unterrichtet werden (Art. 13 des H.G.B.'s), namentlich die Größe seines Einlagekapitals erfahren und darnach den Kredit bemessen werde, den es der Firma H. & Co. zuwenden könne. Man darf geradezu annehmen, daß es seine Absicht war, das Vertrauen der hierbei interessirten Kreise durch das Bekanntwerden seiner Kommanditbetheiligung zu gewinnen. Denn sein Bruder Karl H., der als persönlich haftender Gesellschafter in das Unternehmen eintrat, hatte damals für seine Person gar keinen Kredit mehr, weil er nicht lange vorher den Offenbarungseid geleistet hatte und noch immer in schlechten Vermögensverhältnissen sich befand. Es bedurfte also der Betheiligung eines Kapitalisten, um sein neues Unternehmen lebensfähig zu machen.

Die Veröffentlichung durch das Handelsregister hatte nun wirklich zunächst den Erfolg, daß die am Platze bestehenden Auskunftsinstitute von der Kapitalbetheiligung des Beklagten Kenntniß nahmen. Dieser Zusammenhang ergiebt sich aus den vorliegenden Auskunftsbriefen ohne Weiteres. Es werden hier die Berichte von 2 Auskunftsbureaus wiedergegeben, in denen hervorgehoben wird, daß der Beklagte, ein vermögender Mann, der Firma H. & Co. als Kommanditist mit 6000 Mk. Einlage beigetreten ist.

Man sieht, in beiden Auskunftsbriefen ist auf die Betheiligung des Beklagten an dem Unternehmen das größte Gewicht gelegt. Und wenn daher C. & K. mit ihren Lieferungen erst begonnen haben, nachdem diese Auskunft in ihre Hände gelangt war, so ist ebendamit erwiesen, daß die fragliche Auskunft sie dazu bewogen hat. Möchte auch nebenher noch eine Erkundigung bei Karl H. über die Einzahlung der Kommanditanlage geschehen sein, — so würde dies den hier angenommenen Kausalzusammenhang nicht widerlegen. Den Willensentschluß ausgelöst hätte immerhin der Bericht des Auskunftsinstitutes und die ihm zu Grunde liegende Anzeige des Beklagten zum Handelsregister.

Es wird sodann weiter ausgeführt, daß auch der Kläger P. auf die Kommanditbetheiligung des Beklagten entscheidendes Gewicht gelegt habe und weiter bemerkt:

Dem Beklagten wird zur Last gelegt, daß seine Kommanditbetheiligung nur ein Scheinmanöver gewesen sei; er soll von vornherein nicht die Absicht gehabt haben, das angemeldete Kapital dem Geschäfte zuzuführen. Wenn dies wahr wäre,

so könnte man nicht (mit der vorigen Instanz) durch Bezugnahme auf Art. 163 des H.G.B.'s darüber hinwegkommen. Denn wenn auch ein Kommanditist, der seine Betheiligung zum Handelsregister anzeigt, den Gläubigern vermöge dieser Erklärung bis zur Höhe des gemeldeten Kapitalantheiles verhaftet ist, so macht es doch einen erheblichen Unterschied, ob die Gründung ehrlich gemeint ist, oder nicht. Das Vertrauen, welches dem Unternehmen entgegengebracht wird, beruht ganz wesentlich auf der Erwartung, die zum Handelsregister angemeldete Kapitalbetheiligung werde dem Geschäftsbetriebe wirklich zugute kommen, der Kommanditist werde im Bedarfsfalle zahlen und der verantwortliche Gesellschafter werde das Kapital einfordern. Namentlich im vorliegenden Falle, wo der persönlich haftende Gesellschafter für seine Person allen Kredit verloren hatte, haben die Betheiligten sicher darauf gerechnet, daß mit den vom Beklagten angekündigten 6000 Mk. die ersten Anschaffungen bewirkt und die laufenden Verbindlichkeiten beglichen würden. Wenn hier von vornherein auf Borg gewirthschaftet werden mußte, verdiente das Unternehmen keinen Kredit. Das alles hat der Beklagte sich sagen müssen und wirklich gesagt. Wäre dennoch seine Erklärung nicht ernst gemeint gewesen, so läge darin eine bewußt wahrheitswidrige Vorspiegelung, die den Beklagten gemäß § 1504 des B.G.B.'s zum Schadenersatze verpflichtet.

Das Berufungsgericht trägt kein Bedenken, diese Anschuldigung für erwiesen anzusehen. Unter heimlicher Benutzung einer zu anderem Zwecke von Karl H. ertheilten Blankounterschrift fertigte der Beklagte unter dem Datum des 22. Januar 1894 eine Urkunde aus, welche Vertragsbestimmungen fingirt, die nicht beredet worden waren, und auch die Quittung Karl H.'s enthält über den Empfang der 6000 Mk. Als die Bücher angelegt wurden, was im April 1894 geschehen ist, bestimmte der Beklagte seinen Bruder zu dem Eintrage: „Jan. 22 eingezahlt von W. H. 6000 Mk." Diese falsche Buchung wünschte er „damit alles glatt sei." Er selbst machte „die Sache glatt" durch den gefälschten Eintrag in seinen Büchern: „23. Jan. 1894 Carl, Commanditeinlage 6000 Mk." — Der Zusammenhang dieser Veranstaltungen und die Bereitwilligkeit, mit der Karl H. darauf einging, beweist unmittelbar, daß sie nicht erst zu einer Zeit, wo es galt, den Konkursgläubigern die Nichtzahlung zu verheimlichen, getroffen worden sind, sondern daß sie auf einem von vornherein bestehenden Entschlusse, das Kapital nicht heranzuziehen, beruhen. Sonst wäre nicht einzusehen, wie die falschen Buchungen gleich bei Anlegung der Bücher von H. & Co. hätten entstehen können.

Daß die Kläger durch dieses Gebahren geschädigt worden sind, ist nach den von ihnen beigebrachten Unterlagen nicht zu bezweifeln. Hätte der Beklagte die 6000 Mk. dem Geschäftsbetriebe nicht vorenthalten, so würde es nicht zur Konkurseröffnung gekommen sein. Ihnen wäre die Füglichkeit geblieben, ihre Forderungen im Zwangsvollstreckungswege einzutreiben, und dabei hätten sich, wie der Stand der Theilungsmasse ohne Weiteres an die Hand giebt, hinreichende Befriedigungsmittel vorgefunden, um die Ansprüche der Kläger voll zu decken.

Keine Beachtung verdient der Einwand des Beklagten, zum Konkurse hätte es unter allen Umständen kommen müssen, weil Karl H., außer den jetzt angemeldeten Forderungen, noch mindestens 20000 Mk. Schulden aus früherer Zeit gehabt habe. Denn das Schaden bringende Ereigniß, auf welches die Kläger sich berufen, hat sich, ganz unabhängig von jener Schuldenlast aus älterer Zeit, nur deswegen eingestellt, weil der Beklagte der Kommanditgesellschaft sein Kapital vorenthielt. Auch ist anzunehmen, daß die Kläger ihren Kredit dem Unternehmen überhaupt nicht zugewendet hätten, wenn sie nicht durch die Täuschung des Beklagten dazu bewogen worden wären.

Nach alledem rechtfertigt es sich, daß der Beklagte zum Ersatze dessen angehalten wird, was die Kläger im Konkurse der Firma H. & Co. eingebüßt haben.

Kauf „auf Umtausch".

Urtheil der V. Civ.-Kammer des K. S. L.G.'s zu Dresden vom 22. März 1897.
Dg. V. 279/96.

Aus den Gründen:

Ein Kauf unter Vorbehalt des Umtausches ist nicht immer (vergl. Staub, 3. und 4. Aufl. § 3 zu Art. 339 des H.G.B.'s) ein Kauf auf Probe mit einer für den Käufer unverbindlichen, weil über Waare und Preis unbestimmten Verabredung eines Eintausches anderer Waare, sondern meist ein Kauf unter der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines anderen Kaufes über Waaren des Verkäufers um mindestens denselben Preis, mit dem der Verkäufer gegen die Forderung des Käufers auf Rückzahlung des Preises aus dem aufgelösten Kaufe aufrechnen kann. Der Verkäufer „auf Umtausch" will im Zweifel nicht, wie der Verkäufer auf Probe, seinen Umsatz und seinen Gewinn durch die ganz in dem Willen des Käufers stehende Bedingung des Kaufes, daß er die Waare genehmigen werde, in Frage stellen und sich mit der völlig ungewissen Aussicht begnügen, daß der Käufer eine andere Waare eintauschen werde, wenn er sie nicht genehmigt; sondern er will sich den Preis für seine Mühe und Zeit und vielleicht auch Kosten, die er auf den Abschluß des Kaufes verwendet hat, und für den zeitweiligen Verlust der Möglichkeit eines anderweiten Verkaufes der Waare sichern, indem er die Auflösung des Kaufes nur für den Fall gestattet, daß der Käufer ihm durch den Abschluß eines anderen Kaufes von Waaren in mindestens denselben Preise Gelegenheit zu ungefähr dem gleichen Gewinne wie aus dem ersten Kaufe bietet. Nur diese Auslegung deckt sich mit den Auffassungen und Bedürfnissen des Handelsverkehrs.

Der Umstand, daß auf den Abschluß des zweiten Kaufes vielleicht nicht geklagt werden kann, weil sein Gegenstand noch nicht ausreichend bestimmt ist, hindert selbstverständlich nicht, daß die Auflösung des ersten Kaufes von dem Eintritt dieses Ereignisses abhängig gemacht werden darf. Auch ist er keine auf

das blose Wollen des verpflichteten Verkäufers gestellte und deshalb unzulässige Bedingung, sondern diese hat eine äußere Handlung des verpflichteten Verkäufers, nämlich den Abschluß des zweiten Verkaufes zum Gegenstande und ist deshalb zulässig, obschon diese Handlung in dem Falle, wenn und insofern, als nicht auf den Abschluß geklagt werden kann, von der Willkür des Verkäufers abhängt (§ 876 des B.G.B.'s). Uebrigens ist auch in diesem Falle keineswegs die Erfüllung der Bedingung völlig der Willkür des Verkäufers überlassen und der Käufer dieser preisgegeben. Sondern wenn der Verkäufer den „Umtausch", also den Abschluß des zweiten Verkaufes ohne triftigen Grund ablehnt, so hindert er, also derjenige, welcher im Falle ihres Eintritts verpflichtet werden soll, die Erfüllung der Bedingung, und gilt diese als erfüllt (§ 111 des B.G.B.'s). Der Käufer kann dann also den Kaufpreis zurückfordern.

Absonderungsrecht des Nachlaßgläubigers im Konkurse des Erben. Verzicht auf dieses Recht. Verjährung. Behandlung des Absonderungsrechts nach früherem und jetzigem Konkursrechte. §§ 2333, 2338, 2339, 2336, 2342 des B.G.B.'s, § 15[3] des Einf.-Ges. z. Konk. O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 5. Februar 1897. O. III. 86/96.

Der Kläger hat gegen den Beklagten als den Konkursverwalter in dem zum Vermögen der Selma Aurelie verw. W., welche im Jahre 1894 die alleinige Erbin ihres verstorbenen Ehemannes, des Lehngerichtsbesitzers Friedrich Adolf W. in H. geworden ist, ausgebrochenen Konkurs Klage erhoben auf Bezahlung einer Summe von 2314 ℳ 58 ₰. s. Anh. abzüglich einer Zahlung von 861 ℳ 84 ₰. aus dem Nachlaß dieses Friedrich Adolf W., indem er die Absonderung dieses Nachlasses von der Konkursmasse auf Grund des § 43 der Konkursordnung in Verbindung mit § 2333 des Kgl. Sächs. bürgerl. G.B.'s verlangt und bezüglich der Entstehung seiner Forderung angeführt hat, daß er sich im Jahre 1892 für W.'n wegen eines demselben von dem Aktienvorschußverein Blankenau gewährten Darlehns in Höhe von 2000 ℳ — ₰. verbürgt und in Folge dieser Bürgschaft im Jahre 1895 sich genöthigt gesehen habe, den Betrag dieses Darlehns sammt Anhang — im Ganzen eben obige Summe von 2314 ℳ 58 ₰. — zurückzuzahlen, worauf ihm vom erwähnten Vorschußverein die betreffende, von demselben bereits im obigen Creditwesen angemeldete Forderung abgetreten worden sei.

In der ersten Instanz ist der Kläger mit gedachtem Anspruch abgewiesen worden. Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurtheilt, dem Kläger 2314 ℳ 58 ₰. nebst Zinsen, abzüglich der am 8. Februar 1896 empfangenen 861 ℳ 84 ₰., aus dem Erlöse des von ihm verwertheten Nachlasses des Lehngerichtsbesitzers Friedrich Albert W. zu bezahlen, auch die Prozeßkosten aus der von ihm verwalteten Konkursmasse zu tragen.

Aus den Gründen:

1.

Der Kläger ist bezüglich des vom verstorbenen Friedrich Adolph W. hinterlassenen Vermögens aus doppeltem Grunde als Nachlaßgläubiger zu bezeichnen: einmal deshalb, weil ihm von dem Vorschußverein Blankenau die Forderung auf Rückzahlung des von diesem Verein dem Erblasser im Jahr 1892 gewährten Darlehns von 2000 ℳ — ₰. s. Anh. unter dem 10. December 1895 (in Höhe von 2154 ℳ 48 ₰.) abgetreten worden ist, und sodann auch deshalb, weil er auf Grund der Bürgschaft, welche er dem Darleiher gegenüber für den genannten W. — und zwar auf Veranlassung von Seiten des Erborgers — eingegangen war, an den Darleiher den Betrag der Darlehnsschuld sammt Anhang in einer Gesammthöhe von 2314 ℳ 58 ₰. abgeführt hat (§ 1471 des B.G.B.'s). Der ihm aus letzterem Gesichtspunkte erwachsene Anspruch gegen den Nachlaß W.'s ist seiner Entstehung nach auf die Zeit, zu welcher Kläger die Bürgschaft für W. übernommen hat (auf das Jahr 1892) zurückzuführen.

2.

Auch die vom Beklagten in Bezug genommene Bestimmung in § 2339 des B.G.B.'s wonach „Erbschaftsgläubiger, welche den Erben als persönlichen Schuldner in Anspruch genommen haben, das (in § 2333 flg. des B.G.B.'s in Verbindung mit § 43 der Deutsch. Konkursordnung geordnete) Absonderungsrecht nicht ausüben können," steht dem vom Kläger erhobenen Absonderungsanspruch nicht entgegen. Die von dem Beklagten in dieser Richtung angeführten Vorgänge sind sämmtlich nicht von der Beschaffenheit, daß man aus denselben — ihren Erweis vorausgesetzt — die Folgerung zu ziehen hätte, es habe der genannte Vorschußverein resp. der Kläger (soweit dessen Person in Frage kommt) sich von der Absicht leiten lassen, sich — anstatt an den Nachlaß W.'s — lediglich an die Erbin desselben zu halten (es habe auf ihrer Seite ein sequi heredis personam, wie sich die in dieser Materie den Bestimmungen des bürgerl. Gesetzbuchs zu Grunde liegenden Quellen ausdrücken, [1 § 15 Dg. de separationibus; 42, 6] stattgefunden). So lange zu dem Vermögen der Erbin noch nicht Konkurs ausgebrochen war, konnten sich der gedachte Vorschußverein resp. der Kläger wegen ihrer Befriedigung, wenn schon es sich hierbei um eine Forderung an den W.'schen Nachlaß handelte, nur mit der Erbin in's Einvernehmen setzen, welche Letztere in Folge des Erbschaftsantritts auch die Person des Erblassers ihnen gegenüber zu vertreten hatte. Was aber die — unbestrittener Maaßen vorbehaltlose — Anmeldung der fraglichen Forderung im Konkurse der Erbin anlangt, so ist, wie bereits sattsam im Rechtsprechen anerkannt worden ist, vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. XVI pag. 36 und pag. 70. — aus den Bestimmungen der Konkursordnung keineswegs der Satz abzuleiten, daß das Auftreten als Konkursgläubiger oder die vorbehaltlose Anmeldung einer Forderung im

Konkurse auch schon einen Verzicht auf das etwa mit der Forderung verbundene Absonderungsrecht in sich schließe, vielmehr hat der Richter im einzelnen Falle zu prüfen, ob das Auftreten des Gläubigers von Umständen begleitet sei, durch welche der Schluß auf einen derartigen Verzichtswillen bedingt werde. Dergleichen Umstände liegen aber im gegenwärtigen Fall nicht vor; insbesondere ist bezüglich der geleisteten Abschlagszahlung von 861 *M* 84 ₰. auf Grund Einverständnisses der Parteien festgestellt worden, daß derselbe vom Kläger nur unter ausdrücklichem Vorbehalt aller seiner Rechte angenommen worden sei. Ebendasselbe geht auch aus dem Schreiben des Konkursvertreters vom 13. Januar 1896 hervor, worin der Konkursverwalter dem Konkursgericht anzeigt, daß der Stand der Konkursmasse es gestatte, den Gläubigern — wie der Gläubiger-Ausschuß beschlossen habe — eine Abschlagszahlung (von 40%) unter Wahrung der etwaigen Absonderungsrechte der Erbschaftsgläubiger zu gewähren.

3.

Die erste Instanz hat die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung (§ 2342 des B.G.B.'s) begründet gefunden und deshalb die Klage abgewiesen.

Die gegenwärtige Instanz vermag dieser Auffassung nicht beizustimmen. Es kommen hierbei folgende thatsächliche Umstände in Betracht:

Allerdings hat der Cedent des Klägers, der Vorschußverein Blankenau, bei Anmeldung seiner Forderung im Konkurs ein Absonderungsrecht nicht in Anspruch genommen, und ebensowenig hat der Kläger darauf Bezug zu nehmen vermocht, daß er selbst in dem Zeitraum eines Jahres vom Erbschaftsantritt Seiten der Wittwe an — vom 5. Juni 1894 an — an das Konkursgericht oder an den Konkursverwalter — den Beklagten — einen Antrag auf Absonderung des W.'schen Nachlasses vom Vermögen der Erbin gestellt habe. Allein es hat in diesem Zeitraume an derartigen Absonderungsanträgen von anderen Seiten nicht gefehlt.

Dies wird näher ausgeführt und sodann bemerkt:

Es ist mithin schon vor dem Ablauf eines vom Erbschaftsantritt an zu berechnenden Jahres dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter die Thatsache, daß von gewissen Erbschaftsgläubigern die Absonderung des Wagler'schen Nachlasses verlangt werde, in einer Weise bekannt geworden, welche man in ihren rechtlichen Wirkungen vergl. § 2336 des B.G.B.'s der in diesem Paragraphen gedachten Benachrichtigung durch das Gericht (die ihre praktische Anwendung durch die Konkursordnung verloren hat, da die Absonderung der Erbschaftsmasse nicht mehr vom Konkursgericht, sondern vom Konkursverwalter zu besorgen ist) gleichstellen muß. Es hat denn auch Beklagter noch innerhalb jenes Jahres — nämlich unter dem 26. April 1895 — bei dem Konkursgericht die Anberaumung einer Gläubigerversammlung behufs „der Entgegennahme des von ihm über die Sachlage, welche durch die Geltendmachung des Absonderungs-

rechtes geschaffen worden, zu erstattenden Berichtes" und eventuell „zur Beschlußfassung über die hierdurch bedingten Maaßnahmen" beantragt und ist hierauf vom Konkursgericht diese Versammlung auf den 9. Mai 1895 einberufen worden. Vor diesem Tage noch hat der Beklagte an die angemeldeten Gläubiger ein Cirkular vom 29. April 1895 erlassen, in welchem er den Stand der Konkursmasse im Allgemeinen und denjenigen der Nachlaßmasse im Besonderen, das nach § 2333 des B.G.B.'s den Erbschaftsgläubigern zustehende Absonderungsrecht, den Umstand, daß dasselbe bereits von einem Gläubiger geltend gemacht worden sei, und die verschiedenen Folgen, welche sich für die Gläubiger überhaupt aus dieser Geltendmachung — namentlich auch alsdann, wenn durch dies Absonderungsverlangen auch nach § 2339 des B.G.B.'s die Rechte der übrigen Erbschaftsgläubiger dem Konkurse gegenüber gewahrt sein sollten — ergeben können, eingehend besprochen hat. In dem Termin vom 9. Mai 1895 hat sodann die Gläubigerversammlung „nach Vortrag in der Sache Seiten des Konkursverwalters" ihr Einverständniß damit erklärt, daß „die Frage des Bestehens des Absonderungsrechts der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer, falls und soweit ein solches geltend gemacht werde, im Prozeßwege zum Austrag gebracht werde."

Nach diesen Vorgängen ist die Absonderung des W.'schen Nachlasses von der übrigen Konkursmasse als bereits vollzogen anzusehen.

Denn die Gläubigerschaft hat sich, wie die gedachte Verhandlung vom 9. Mai 1895 beweist, ebensowenig, wie der Konkursverwalter, der Ueberzeugung zu verschließen vermocht, daß das in § 2333 des B.G.B.'s geordnete Absonderungsrecht den Erbschaftsgläubigern nicht entzogen werden könne; nur die Frage, ob den einzelnen Erbschaftsgläubigern eine Befriedigung aus dem Nachlasse wirklich zu gewähren sei, ob namentlich den Einzelnen unter ihnen dieser Anspruch, wie es der Konkursverwalter in seinem Cirkular bejaht hatte, durch die Bestimmungen der Konkursordnung oder durch ihr eigenes Verhalten verloren gegangen ist, hat sie zur richterlichen Entscheidung ausgesetzt wissen wollen.

Es ist auch in der That nicht abzusehen, wie zur faktischen Absonderung des Nachlasses noch ein Mehreres hätte geschehen sollen. Der Bestand dieses Nachlasses ließ sich aus den Konkursakten jederzeit ermitteln und läßt sich noch jetzt (resp. unter Vornahme einiger etwa noch nöthiger Erörterungen) ermitteln, es ist aus den Grundakten genau zu ersehen, wieviel für das Nachlaßgrundstück, dessen freihändiger Verkauf in jener Versammlung der Gläubiger vom 9. Mai 1895 beschlossen würde, gelöst worden sei. Und schließlich kommt in dieser Richtung noch in Betracht, daß nach Obigem Kläger sowohl als Beklagter darüber einverstanden sind, daß in dem jetzt noch vorhandenen Baargelde der Konkursmasse ein solcher Theil des Erlöses aus den Nachlaßgegenständen enthalten sei, daß die jetzt geklagte Forderung daraus vollständig befriedigt werden könne.

Wenn die erste Instanz im Anschluß an verschiedene Rechtslehrer ein richterliches Decret vermißt, durch welches die Absonderung des W.'schen Nachlasses

von der übrigen Konkursmasse verfügt worden sei, so schwebt ihr augenscheinlich derjenige Geschäftsgang vor, welcher bei der Behandlung der Erbschaftsabsonderung (beneficium separationis oder beneficium indemnitatis) im gemeinen Recht sowie auch im Königl. Sächs. Recht vor dem Inkrafttreten der deutschen Konkursordnung der übliche war. Hier lag die Abwicklung der Absonderungsangelegenheit, wie überhaupt diejenige eines Konkurses, wesentlich in der Hand des Konkursrichters; aus der Erbschaftsmasse wurde eine Specialmasse gebildet, häufig auch über die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger ebenso, wie über diejenige der gemeinen Konkursgläubiger in dem Ordnungsbescheide (der Locatoria) mit erkannt, weshalb auch bisweilen die Separatisten in den Edictalladungen mit vorgeladen wurden,

vergl. Kori, System des Konkurs-Prozesses, § 61. Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, Ausgabe 3 § 150.

Hier konnte es vorkommen, daß die Absonderung der Erbschaftsmasse durch einfaches konkursrichterliches Dekret oder auch, wenn über die Separationsanträge gestritten wurde, nach vorgängiger Anberaumung eines Inrotulationstermines, im summarischen Prozeßverfahren, durch ein Urtheil entschieden wurde, welches Verfahren übrigens den Charakter eines erbschaftlichen Liquidationsverfahrens im Sinne des von der vorigen Instanz angezogenen § 15 [3] des Einf.-Ges. zur C.P.O. nicht hatte. Gegenwärtig aber, wo auch dieser Absonderungsanspruch von dem die Absonderung Verlangenden gegen den Konkursverwalter durchzuführen ist, bleibt für die Wirksamkeit eines einfachen richterlichen Dekrets in dieser Richtung kein Raum mehr übrig, sondern ist — wenn nicht der Konkursverwalter sich dem Anspruch des die Absonderung Begehrenden fügt oder sich mit Letzteren gütlich abfindet — nur die Durchführung der Sache im Rechtswege übrig. Diese Ansicht tritt insbesondere auch mit der im angefochtenen Urtheil angezogenen früheren Entscheidung des Oberlandesgerichts

(— Sächsisches Archiv Jahrgang 1891 Seite 68 —)

insofern nicht in Widerspruch, als dort nur über die Geltendmachung des Absonderungsrechts außerhalb des Konkurses Entscheidung getroffen worden ist.

Würde nun auch nach dem Vorstehenden dem Kläger, wenn nicht von anderen Erbschaftsgläubigern bereits die Separation mit Erfolg nachgesucht worden wäre, der Ablauf der in § 2342 des B.G.B.'s geordneten einjährigen Verjährungsfrist entgegenstehen, so steht ihm doch andererseits wieder die in § 2339 ebendaselbst enthaltene Bestimmung zur Seite, wonach die von einzelnen Berechtigten in Anspruch genommene Absonderung auch den Uebrigen zu Gute kommt. Zwar hat es im älteren gemeinen und ebenso im älteren Sächsischen Rechte nicht an Rechtslehrern gefehlt, welche einen solchen Anschluß an eine von anderen Erbschaftsgläubigern erlangte Güterabsonderung ebenfalls nur innerhalb der Frist zuließen, welche für die Erlangung dieser Absonderung überhaupt die gesetzliche war und welche damals fünf Jahre von der Zeit des Erbschaftsantritts an umfaßte.

vergl. l 1 § 13 Dg. de separationibus (42, 6); Reinhardt, die Ordnung der Gläubiger rc. § 51, 52; Curtius, Handbuch des im Königreich Sachsen geltenden Civilrechts, Aufl. 4 § 918 Anm. f;

allein diese beschränkende Auslegung ist nicht ohne Widerspruch geblieben,

vergl. Kori a. a. O.

und § 2339 des B.G.B.'s enthält diese Beschränkung nicht, danach muß man annehmen, daß die kurze Verjährung des § 2342 nicht demjenigen entgegenstehe, welcher der eignen Geltendmachung des Absonderungsrechts gegen den Konkursverwalter nicht bedarf, sondern sich nur die von einem Anderen erlangte Absonderung zu Nutze machen will — eine Auffassung, welche auch das für sich hat, daß wenn man der entgegengesetzten Ansicht folgen wollte, bei der im Verhältniß zum älteren Sächs. Recht so bedeutenden Verkürzung der Verjährungsfrist die Fälle, wo die in § 2339 gedachte Füglichkeit des Anschlusses den Erbschaftsgläubigern noch irgend einen Nutzen gewähren würde, wesentlich sich vermindern würden und so der Absicht des Gesetzgebers, den Erbschaftsgläubigern zu Hülfe zu kommen, ein Hinderniß in den Weg gelegt werden würde.

Einstweilige Verfügung, Recht auf eine Individualleistung im Falle des Anspruchs auf Abtretung einer Forderung. (§§ 814, 819 der C.P.O., §§ 957, 970 des B.G.B.'s.)

Beschluß des Königl. Sächs. O.L.G.'s I. Civils., vom 4. Mai 1896 (I. C 99/96).

Die Antragstellerin hat ausweislich der von ihr in der Urschrift überreichten fünf Miethverträge an den Fabrikant L. eine Anzahl darin näher bezeichneter Maschinen vermiethet und hierbei mit diesen vereinbart, daß er die gemietheten Maschinen sofort nach deren Aufstellung bei einer soliden Feuerversicherungs-Gesellschaft Deutschlands nach Höhe des für die Maschinen in § 1 der Miethverträge festgesetzten Werths zu versichern und die Kosten der Versicherung lediglich aus eigenen Mitteln zu tragen habe (nach § 3 der Miethverträge). Nach dem weiteren Inhalt dieser Vertragsbestimmung hat der Versicherungsvertrag als zu Gunsten der Antragstellerin geschlossen zu gelten, dergestalt, daß ihr im Falle die Beschädigung oder Vernichtung der Maschinen durch Feuer allein der Anspruch auf Bezahlung der Versicherungssumme zustehen stoll. Es ist auch glaubhaft gemacht, daß L. die gemietheten Maschinen nach der Aufstellung bei der Norddeutschen Feuerversicherungs-Gesellschaft in Hamburg versichert hat, und daß dieselben in der Osterwoche 1896 durch Feuer vollständig vernichtet worden sind.

Die Antragstellerin ist der Meinung, daß L. verpflichtet sei, ihr jetzt den Anspruch auf Gewährung der Brandschädenvergütung, soweit sie gezahlt werde, für die ihr gehörigen von ihr demselben miethweise gelieferten Maschinen abzutreten, und beantragt, da sich L. dessen weigere, unter diesen Umständen aber ihr Anspruch in hohem Grade gefährdet sei, in Kraft einstweiliger Verfügung ihrem

Gegner die Verfügung über die ihm von der Norddeutschen Feuerversicherungs-Gesellschaft in Hamburg zu gewährende Vergütung in Höhe eines Theilbetrags von 15349 ℳ 90 ₰ durch dessen Einhebung oder durch Veräußerung, insbesondere durch Abtretung zu untersagen und der Norddeutschen Feuerversicherungs-Gesellschaft in Hamburg zu verbieten, von der Brandschädenvergütung einen Theilbetrag in der angegebenen Höhe an L. abzuführen.

Die vorige Instanz hat diesem Antrage nicht stattgegeben, weil weder die Voraussetzungen des § 819 noch die des § 814 der C.P.O. gegeben seien.

Das Beschwerdegericht ist zu einer hiervon abweichenden Ansicht gelangt.

Soviel zunächst die von Amtswegen zu prüfende Zuständigkeit der vorigen Instanz zur Anordnung der beantragten Maßregel betrifft, so bestimmt § 816 der C.P.O., daß für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache zuständig ist. Diese Bestimmung setzt nicht voraus, daß die Hauptsache bereits anhängig sei, sondern unter dem Gerichte der Hauptsache ist auch dasjenige Gericht zu verstehen, bei welchem die als Hauptsache sich darstellende Streitsache anhängig zu machen ist,

(vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civilsachen, Bd. 4 S. 405; Annalen des O.L.G.'s, Bd. 2 S. 357).

Genügend glaubhaft gemacht ist, daß L. die von der Antragstellerin begehrte Abtretung seines Anspruchs auf Gewährung der Brandschädenvergütung verweigert. Es liegt mithin ein streitiges Rechtsverhältniß bez. ein Streitgegenstand vor. Die Entscheidung hierüber gehört zur Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen des Landgerichts Ch.*) Es handelt sich um einen Anspruch aus Miethverträgen, welche die Antragstellerin mit L. über eine Anzahl Maschinen geschlossen hat, die dieser bei der von ihm betriebenen Strumpfwaarenfabrikation verwendet und zu Gunsten der Antragstellerin gegen Feuersgefahr zu versichern sich verpflichtet hat.

Einstweilige Verfügungen dienen entweder zur Sicherung einer Individualleistung § 814 der C.P.O. oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß — § 819 der C.P.O.

Daß ein Fall der zuletztgedachten Art gegenwärtig nicht vorliegt, ist von der vorigen Instanz bereits in zutreffender Weise ausgeführt worden (vergl. hierzu noch Entscheidungen des R.G.'s in Civilsachen, Bd. 27 S. 430).

Die Voraussetzungen zur Anwendung der Vorschrift in § 814 der C.P.O. sind dagegen vorhanden. Für die Beurtheilung dieser Frage ist die Bestimmung in § 3 der Miethverträge maßgebend. Wäre allerdings davon auszugehen, daß L., indem er mit der Antragstellerin die nurangezogene Bestimmung in § 3 vereinbarte, den ihm gegen die Norddeutsche Feuerversicherungs-Gesellschaft in Ham-

*) Anm. Bei diesem Gerichte war der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung gestellt worden.

burg aus dem mit ihr abgeschlossenen Versicherungsvertrag zustehenden Anspruch auf Gewährung der Brandschädenvergütung an die Antragstellerin abzutreten beabsichtigt und abgetreten habe, so würde hierdurch diese gegen die genannte Versicherungsgesellschaft unmittelbar einen Anspruch auf Auszahlung der Brandschädenvergütung erworben haben und deshalb ihr Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung an L. nicht begründet sein.

Allein ob die gedachte Bestimmung in diesem Sinne ausgelegt werden kann, ist, wie die Sache gegenwärtig liegt und da von der Antragstellerin andere Gesichtspunkte, die nach dieser Richtung hin möglicher Weise in Betracht kommen könnten, nicht geltend gemacht werden, mithin außer Betracht zu lassen sind, nicht nur in hohem Grade zweifelhaft, sondern kann auch gegenwärtig dahingestellt bleiben, da die Antragstellerin selbst der fraglichen Bestimmung eine soweitgehende Bedeutung nicht beilegt, sondern aus derselben nur einen Anspruch auf Abtretung der erwähnten Forderung herleitet, etwas Weiteres aber nicht beansprucht. Hierzu ist sie aber nach dem Wortlaute der Bestimmung in § 3 der Miethverträge und dem Zwecke, den die Parteien bei der Vereinbarung dieser Bestimmung verfolgt haben, jedenfalls verpflichtet. Es ergiebt sich dies aus den Vorschriften in § 957 in Verbindung mit § 970 des B.G.B.'s.

Der Anspruch, dessen Sicherung hiernach die Antragstellerin mit der beantragten Maßregel bezweckt, ist mithin auf eine Individualleistung im Sinne von § 814 der C.P.O. gerichtet, die dadurch gefährdet ist, daß L. jeder Zeit in der Lage ist, darüber durch Abtretung, Veräußerung, Verpfändung und dergl. zu verfügen, mithin durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Anspruchs der Antragstellerin auf Abtretung der mehrerwähnten Forderung auf Gewährung der Brandschädenvergütung wenn nicht gänzlich zu vereiteln, so doch wesentlich zu erschweren. Die Voraussetzungen des § 814 der C.P.O. sind daher gegeben.

Auf die Frage, wie die Sache zu beurtheilen sein würde, wenn die Norddeutsche Feuerversicherungs-Gesellschaft in Hamburg die Brandschädenvergütung bereits an L. ausgezahlt haben sollte, braucht nicht eingegangen zu werden, da dies von der Antragstellerin nicht geltend gemacht worden ist und die erfolgte Auszahlung gegenüber dem Antrage auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Anspruchs auf Abtretung in das nicht beachtliche Gebiet der Einrede fallen würde.

Unter diesen Umständen hat das Oberlandesgericht dem Antrage auf Anordnung einer einstweiligen Verfügung unter der Voraussetzung, daß die Antragstellerin eine Sicherheit von 5000 ℳ hinterlegt, stattzugeben beschlossen.

Gericht der Hauptsache, vor das der Gegner nach § 820 der C.P.O. zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit einer, zur Sicherung eines Anfechtungsanspruches erlassenen, einstweiligen Verfügung zu laden ist (§§ 690, 32, 29, 707, 716 Abs. 2, 720, 674, 758 der C.P.O., § 23[1, 2] der K.O.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 14. Juni 1894. O. I. 84/94.

Am 20. Januar 1894 hat das Amtsgericht Dresden auf Antrag des Klägers, des Verwalters im Konkurse zu dem Vermögen des Weinhändlers G. in Dresden, eine einstweilige Verfügung dahin erlassen, daß der Gerichtsvollzieher die Auszahlung des Erlöses für 3 Faß Wein, die auf Antrag des Beklagten, einer Firma in Stade, dem Gemeinschuldner abgepfändet und versteigert worden waren, bis zum Erlasse des Urtheils auf die vom Verwalter anzustellende Anfechtungsklage zu beanstanden habe. Zugleich wurde dem Antragsteller eine 14tägige Frist nach § 820 der C.P.O. gestellt, innerhalb deren er die Beklagte zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden habe.

Der Konkursverwalter hat vor dem Landgericht Dresden Klage gegen die Beklagte erhoben mit dem Antrage, die einstweilige Verfügung als rechtmäßig aufrecht zu erhalten.

Die Beklagte hat die Unzuständigkeit des Gerichts geltend gemacht; das Gericht der Hauptsache sei das Landgericht Stade, das für den Anfechtungsprozeß ausschließlich zuständig sei.

In beiden Instanzen wurde die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts abgewiesen. Die Gründe des Berufungsurtheils lauten:

Zu Folge der unstreitig am 20. Januar 1894 von dem Amtsgerichte zu Dresden unter Bezugnahme auf die Vorschriften in §§ 814, 820 der C.P.O. in Entsprechung eines von dem Kläger gestellten Antrags getroffenen Verfügungen hat der Anspruch vorläufige Sicherung gefunden, welchen der Kläger auf den in den Händen des Gerichtsvollziehers befindlichen Erlös von 426 ℳ für die auf Antrag der Beklagten dem Gemeinschuldner G. abgepfändeten Gegenstände gemäß § 23, Ziffer 2 der Konkursordnung künftig mittels Klage zu verfolgen beabsichtigt.

In der Richtung, daß ohne Berücksichtigung der Bestimmung in § 690 der C.P.O. für jene Klage der Gerichtsstand bei dem Landgerichte zu Dresden nicht gegeben ist, Letzteres also nicht als Gericht der Hauptsache im Sinne von § 820 der C.P.O. in Betracht kommt, vor welches die Beklagte zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der Verfügung zu laden dem Kläger in dem Beschlusse des Amtsgerichts zu Dresden aufgegeben worden ist, kann auf die zutreffenden Ausführungen in dem, gemäß § 820 der C.P.O. über den Antrag des Klägers ergangenen,

vergl. Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 13, S. 324 flg.

angefochtenen Urtheile Bezug genommen werden, welche von dem Kläger nicht im

Einzelnen angegriffen worden sind.*) Die Anfechtungsklage ist f.ine Klage aus einer unerlaubten Handlung (§ 32 der C.P.O.), wenn sie auf § 23 Ziff. 2 der K.O. gestützt wird.

Vergl. auch Annalen des Königl. O.L.G.'s, Bd. 5 S. 142 flg., Wengler's Archiv, N. F. Jahrg. 1883 S. 497 flg.

Nur für einen Anspruch auf Grund dieser gesetzlichen Vorschrift ist der einstweilige Schutz ertheilt, dessen Rechtmäßigkeit den ausschließlichen Gegenstand des jetzigen Verfahrens bildet. Daher ist es unbeachtlich, wenn der Kläger in Letzterem nachträglich sich auf Umstände bezogen hat, welche nach Befinden seinen Anspruch auch aus § 23 unter 1 der K.O. zu rechtfertigen geeignet sein würden, aber nicht von dem Amtsgerichte zu Dresden mitgeprüft und zur Unterlage der Entscheidung gemacht worden sind. Ebensowenig ist für den Anfechtungsanspruch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gemäß § 29 der C.P.O. gegeben.

Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 30 S. 402 flg.

Durch § 820 der C.P.O. demnächst ist einerseits ohne Rücksicht auf die außerdem begründete sachliche Zuständigkeit dem Amtsgerichte, andererseits ohne Rücksicht auf die sonstigen Regeln über die örtliche Zuständigkeit dem Amtsgerichte der belegenen Sache die Befugniß zur Erlassung der einstweiligen Anordnungen lediglich (vergl. Motive, off. Ausg., S. 457) zu dem Zwecke ertheilt, den rechtlichen und thatsächlichen Zustand aufrecht zu erhalten, bis von dem Gerichte der Hauptsache Verfügung erlassen werden kann. Die Vorschrift ändert daher an den allgemeinen Grundsätzen, nach denen sich das Gericht der Hauptsache bestimmt, überhaupt nichts. Für die Hauptsache und die damit begründete Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der erlassenen Verfügung kann daher ebenso ein anderes Amtsgericht, wie ein dem Gerichte der belegenen Sache nicht übergeordnetes Landgericht oder Oberlandesgericht sein. Selbstverständlich kann endlich für die Ermittlung des Gerichts der Hauptsache im Sinne von § 820 cit. außer den gesetzlichen Vorschriften eine prozessuale Verfügung des künftigen Beklagten aus § 38 flg. der C.P.O. erst in Frage gelangen, wenn sie getroffen worden ist, da durch dieselbe erst ein an sich unzuständiges Gericht zum Gerichte der Hauptsache gemacht würde.

Mit der im Eingange gemachten Einschränkung ist daher dem angefochtenen Urtheile beizutreten, wenn darin in Hinblick auf § 707, § 40, Abs. 2 der C.P.O. von Amtswegen, wie schon in Beachtung der von dem Beklagten unter allen Umständen rechtzeitig (§ 247, unter 1, und Abs. 3, verb. § 707, § 40, Abs. 2 der C.P.O.) vorgeschützten Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts den vor dem Landgerichte zu Dresden gestellten Antrag, die einstweilige Verfügung für rechtmäßig zu erklären, zurückgewiesen hat, weil dasselbe nicht das Gericht der Hauptsache sei.

*) Anm. Es war dort auf die Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 21, S. 420 flg. verwiesen.

An diesem Ergebnisse wird jedoch auch nichts geändert, wenn der Anspruch des Klägers auf dessen neuere Ausführungen hin der Prüfung aus § 690 der C.P.O. unterstellt wird.

In dieser Beziehung kommt darauf, daß ein Verfahren der in § 690, Abs. 3, verb. § 688 der C.P.O. nicht, sondern formell wie sachlich ein solches nach §§ 814, 820 der C.P.O. vorliegt, und auf die Frage nichts an, ob letzteres zur einstweiligen Sicherung eines gemäß § 690, Abs. 1 der C.P.O. zu verfolgenden Anspruchs überhaupt zulässig sei.

Vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civils., Bd. 30 S. 394 flg.

Denn wäre der gesicherte Anspruch nach § 690 der C.P.O. zu beurtheilen, so wäre auch das Landgericht zu Dresden für denselben ausschließlich zuständig und mithin das Gericht der Hauptsache im Sinne von § 820 der C.P.O., so daß die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit des gewährten einstweiligen Schutzes den Gegenstand seiner sachlichen Entscheidung zu bilden hätte.

Allein, wenn auch im Uebrigen dem Kläger unbedenklich darin, daß sein Anspruch den Vorschriften in § 690 Abs. 1 der C.P.O. unterliege, beizutreten sein sollte, so fehlt es doch hierzu nach der bereits mehrfach,

vergl. Annalen des K. S. O.L.G.'s, Bd. 5 S. 143 flg., Bd. 7 S. 161 (Nr. 9); Wengler's Archiv, n. F. Bd. 9 S. 325, Bd. 10 S. 511, Urtheil zu O.I. 10. 82. vom 15. März 1882 in S. Löffler-Fiskus; Beschluß zu VII. C. 9. 93. vom 2. März 1893 in S. Beese-Brenning,

zur Anwendung gebrachten und auch sonst in der Praxis wie in der Wissenschaft vertretenen,

vergl. Seuffert's Archiv, Bd. 38 S. 483; Struckmann und Koch, Kommentar zur C.P.O., 5. Aufl. zu § 690 Anm. 3 Abs. 4 S. 738; Seuffert, Kommentar zur C.P.O., 6. Aufl. zu § 686 Anm. 3d S. 839; Schultzenstein in Busch's Zeitschrift, Bd. 16 S. 174 unter 4; Mandry, der civilrechtliche Inhalt rc., 2. Aufl. S. 338 unter c verb. S. 344, unter 3 S. 346 unter VI. 1,

Auffassung des Berufungsgerichts, von welcher abzugehen dasselbe keine Veranlassung gefunden hat, an der unstreitig wesentlichen Voraussetzung, daß das von dem Beklagten gegen den Gemeinschuldner G. eingeleitete Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt und selbst auch nur zur Zeit des Antrags des Klägers auf den einstweiligen Schutz seines Anfechtungsanspruchs noch anhängig gewesen sei, weil das Vollstreckungsverfahren in Gemäßheit § 716 Abs. 2 und § 720 der C.P.O. — abgesehen von den darin bezeichneten, gegenwärtig außer Frage stehenden Ausnahmefällen — sein Ende findet, sobald der Gerichtsvollzieher das gepfändete Geld oder — wie im vorliegenden Falle — den Erlös gepfändeter Sachen an sich beziehentlich in Empfang genommen hat.

Für die entgegengesetzte Meinung, daß das Verfahren bis zur Aushändigung des Geldes an den die Vollstreckung Betreibenden

vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civils., Bd. 18 S. 394 flg., Bd. 22 S. 267 flg.; Wengler's Archiv, n. F. Bd. 5 S. 64 flg.; Sächsisches Archiv, Bd. 3 S. 375 flg., S. 504 flg.; von Wilmowski und Levy, Kommentar zur C.P.O., 6. Aufl. Bd. II zu § 690 Anm. 6 S. 394 flg.; Gaupp, Kommentar zur C.P.O., 2. Aufl. Bd. II zu § 690 unter II, 4 und Anm. 34 S. 380; Förster, Kommentar zur C.P.O., zu § 690 Anm. 2 S. 418

oder selbst noch darüber hinaus

vergl. Seuffert's Archiv, Bd. 49 S. 116

fortdauere, kommt selbstverständlich der an sich zutreffende Grundsatz nicht in Betracht, daß durch die Aushändigung an dem Rechtsverhältnisse des betreibenden Gläubigers zu Dritten sachlich nichts geändert wird, sondern insoweit das bürgerliche Recht allein maßgebend ist und bleibt.

Vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civils., Bd. 17 S. 30, Bd. 14 S. 81 flg.; Wengler's Archiv, n. F. Bd. 9 S. 325.

Denn damit ist keine Unterlage für die Annahme geboten, die Verfolgung und Entscheidung in Ansehung solcher Rechtsverhältnisse solle unter § 690 Abs. 5 cit. und nicht unter den dafür an sich maßgebenden allgemeinen Vorschriften des Prozeßrechts stehen. Ebensowenig kann auf den Umstand Gewicht gelegt werden, ob Dritten und ob dem Schuldner gegenüber rechtlich oder wirthschaftlich der beabsichtigte Erfolg der Zwangsvollstreckung erst durch die Auszahlung an den Gläubiger herbeigeführt werde. Die Stellung Dritter ist für die Frage, wann ein lediglich zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner sich abspielendes prozessuales Verfahren beginne und sich endige, überhaupt unerheblich; für die Dritten ist ausschließlich das Verhältniß zwischen den unmittelbar Betheiligten maßgebend. In letzterem aber ist schon begrifflich ein Zwangsvollstreckungsverfahren nur solange gegeben, als es noch eines Zwanges gegen den Schuldner durch die Macht des Staats bedarf, und das Verfahren endigt sich rechtlich und wirthschaftlich für den Schuldner schon nach den allgemeinen Vorschriften über die Stellung des Gerichtsvollziehers als des Beauftragten des Gläubigers (§ 674 flg. der C.P.O.) mit der Empfangnahme des Geldes für diesen durch jenen. Nach diesem Zeitpunkte bedarf es nur noch der Ordnung des Auftragsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und Vollzieher, an welcher das öffentliche Recht nur insoweit mittelbar noch betheiligt ist, als es dem Gläubiger die Ertheilung des Auftrags an ein staatliches Organ aufgenöthigt hat. Für den Zwischenzustand bis zur Empfangnahme des Geldes durch den Gläubiger steht dem Schuldner weder eine Einwirkung, noch ein Interesse an einer solchen zu. Es läßt sich daher nicht absehen, wie dieser Zustand mit seinen möglichen Zwischenfällen, beispielsweise bei der Uebersendung des Geldes an einen entfernten Ort, noch als Theil des Vollstreckungsverfahrens zu behandeln wäre.

Zu dem gleichen Ergebnisse führt die selbstständige Erwägung, daß die

Zwangsvollstreckung als eine dem Prozeßrechte zugewiesene Einrichtung ausschließlich nach dem letzteren, ebenso den Betheiligten wie vermöge der öffentlich-rechtlichen Natur der Vorschriften allen Dritten gegenüber zu regeln und zu beurtheilen ist, auch in diesem Rechte — übereinstimmend mit dem vorstehends Dargelegten — seine besondere Regelung gefunden hat. Wie das Gesetz über den Beginn der Zwangsvollstreckung Vorschriften ertheilt hat, so mußte es und wollte voraussetzlich auch Bestimmung über die Beendigung derselben treffen. Dies hat in § 716 Abs. 2 und § 720 für die darin behandelten Fälle ersichtlich geschehen sollen. Mindestens enthalten diese Gesetzesstellen der Sache nach zweifellose Festsetzungen über die Beendigung der Vollstreckung. Von einem Vollstreckungsverfahren nach der dem Schuldner obliegenden Leistung — der Zahlung einer Geldschuld — kann nicht die Rede sein. Wenn das Gesetz daher ganz im Allgemeinen und unbeschränkt anordnet, daß die Ansich- oder Empfangnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners — sei es an den Gläubiger unmittelbar nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes oder unter Vermittelung der Vorschriften in §§ 675 bis 677 der C.P.O. mittelbar — gelte, so setzt es damit zugleich fest, daß mit diesem Vorgange in dem hierbei allein maßgebenden Sinne des Prozeßrechts die Zwangsvollstreckung beendet sei. Nur demgemäß kann die vorausgehende Vorschrift in § 716 Abs. 2 cit., daß gepfändetes Geld dem Gläubiger abzuliefern sei, verstanden werden, will man nicht das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch setzen. Sie ist übrigens in § 720 nicht zur entsprechenden Anwendung gebracht und hieraus, sowie aus dem Zusammenhange ergiebt sich ohne Weiteres, daß sie nur im Gegensatze zu § 716 Abs. 1 zum Ausdrucke bringen soll, rücksichtlich gepfändeten Geldes habe irgend welches weitere Verfahren, als die Auszahlung an den Gläubiger, **nicht** stattzufinden. Sie bestätigt somit die hier vertretene Auslegung des Gesetzes.

Damit stehen die Vorschriften in § 690 Abs. 3 verbunden mit §§ 688, 689 der C.P.O. im vollen Einklange, bei denen es sich unbestrittenermaßen, im Gegensatz zu dem Schutze durch die Erzwingung vorläufiger Leistungen des Gegners aus §§ 796, 814, 819 der C.P.O., um den vorläufigen Schutz gegen das Eingreifen der Staatsgewalt selbst durch dessen Hemmung handelt.

Vergl. **Entscheidungen** des R.G.'s in Civils., Bd. 25 S. 406 flg., Bd. 30 S. 394 flg.; **Annalen** des K. S. O.L.G.'s., Bd. 10 S. 191 flg.; **Gaupp**, a. a. O., zu § 688 S. 372 Anm. 1 S. 373 unter IV, zu § 814 S. 589 unter I a. E. und Anm. 4; v. **Wilmowski** und **Levy**, a. a. O., zu § 814 S. 1088; **Peters**, in Rassow und Künzel, Beiträge, Bd. 9 S. 355 flg.; **Voß**, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 71 S. 232 flg., 256 flg., 275 flg.

Denn sofern die Ansich- oder Empfangnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung an den Gläubiger nach dem Gesetze selbst gilt, kann dasselbe nicht mehr eine Hemmung des gegen den Schuldner gerichteten staat-

lichen Zwangs und insbesondere die Einstellung oder die nur gegen Sicherheitsleistung noch zulässige Fortstellung der Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner — oder die Aufhebung erfolgter Vollstreckungsmaßregeln zu denen eine Zahlung nicht gehört — noch in das Auge fassen. Ein einstweiliger Schutz der Rechte Dritter bezüglich des Geldes nach dem hier wesentlichen Zeitpunkte würde daher lediglich je nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes aus §§ 814 oder 819 oder — und zwar, wenn es sich um den Erlös für gepfändete Gegenstände handelt, sofern derselbe nach dem Landesrechte nicht ohne Weiteres an die Stelle dieser Gegenstände rechtlich tritt, in ganz sachgemäßer Weise — durch Arrest aus § 796 flg. der C.P.O. möglich bleiben.

Zu einer Erweiterung des Begriffes des Zwangsvollstreckungsverfahrens im Sinne der Civilprozeßordnung, welche übrigens nothwendig die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung auf Antrag eines dritten Gläubigers des Schuldners in das in den Händen des Gerichtsvollziehers befindliche Geld zur Folge hätte, kann auch die Stellung der Vorschriften über das Vertheilungsverfahren (§ 758 flg.) im achten Buche nicht verwerthet werden. Letzteres betrifft die Zwangsvollstreckung im Allgemeinen und enthält viele Bestimmungen, beispielsweise über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung, welche unzweifelhaft nicht das Vollstreckungsverfahren betreffen. Zu diesen gehören die Bestimmungen über das Vertheilungsverfahren, welches selbständig nur die Auseinandersetzung mehrerer Gläubiger untereinander rücksichtlich des dem gemeinschaftlichen Schuldner abgezwungenen Vermögens nach Durchführung des Zwanges aus Zweckmäßigkeitsgründen in einem Anhangsverfahren bezweckt, an sich aber mit dem Prozesse und dessen Durchführung gegen den Schuldner nichts zu thun hat, sondern ebenso gut dem sonst geordneten Rechtswege unterstellt werden konnte. Dieselben Erwägungen sprechen gegen eine Heranziehung des § 710 der C.P.O., nach welcher sogar die Unterstellung des Sachverhaltes unter die prozessualen Vorschriften in §§ 690, 688 der C.P.O. geradezu ausgeschlossen wird. Unverwerthbar ist auch die Bestimmung in § 685 der C.P.O. Zunächst würde es des Nachweises bedürfen, daß dieselbe auch auf Irrungen zwischen dem Gläubiger und Gerichtsvollzieher rücksichtlich des von diesem für jenen vereinnahmten Geldes sich bezieht. Aber auch solchenfalls würde sie immer nur zum Ausdrucke bringen, daß in dieser einzelnen Richtung — nicht im Verhältnisse des Gläubigers zum Schuldner und zu Dritten — das Vollstreckungsverfahren als noch nicht beendigt vom Gesetze behandelt werde.

Einstweilige Verfügung zum Zwecke der Wahrung von Sonderrechten des Mitgliedes einer aufgelösten Genossenschaft im Falle der Veräußerung des Genossenschaftsgrundstücks. Sicherheitsleistung. §§ 54, 828, 687 des B.G.B.'s, §§ 814, 815, 801,$_2$ der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 22. Juni 1896. O. I. 45/96.

Dem im Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Dresden auf Fol. 229 eingetragenen Turnverein in Trachau ist durch Beschluß des Amtsgerichts Dresden vom 5. Juli 1895 das Recht der Persönlichkeit entzogen worden. Die dagegen erhobene Beschwerde hat das Oberlandesgericht durch Beschluß vom 1. November 1895 verworfen. Der letzte Vorstand des damit aufgelösten Vereins Friedrich Hermann B. hat in dieser Eigenschaft das dem Turnverein gehörig gewesene Grundstück, das auf Fol. 349 im Grund- und Hypothekenbuch für Trachau eingetragen ist, mit Vertrag vom 25. November 1895 an die drei Antragsgegner B., G. und Sch. einschließlich des dabei mit 600 *M* eingesetzten Inventars für 3100 *M* verkauft. Den am 2. Dezember 1895 eingetragenen Käufern ist auf Antrag Ernst Traugott H.'s, der ebenso, wie diese, zur Zeit der Auflösung Mitglied des Turnvereins war, durch die grundbücherlich eingetragene einstweilige Verfügung des Amtsgerichts Dresden vom 12. Dezember 1895 bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die von dem Antragsteller zu erhebende Anfechtungsklage die Veräußerung und Verpfändung des Grundstücks untersagt worden. Die dabei dem Antragsteller auferlegte Sicherheit von 3000 *M* ist eingezahlt. In der einstweiligen Verfügung war ihm aufgegeben worden, seine Gegner binnen 4 Wochen zur mündlichen Verhandlung über deren Rechtmäßigkeit zu laden. Er hat dieß fristgemäß mit dem Antrag gethan, die einstweilige Verfügung für rechtmäßig zu erklären und die Kosten des Verfahrens den Gegnern aufzuerlegen, die ihrerseits die Aufhebung der Verfügung beantragt hatten. Dem letzteren Antrag ist stattgegeben worden. Hiergegen hat der Antragsteller mit dem Ersuchen, die einstweilige Verfügung für rechtmäßig zu erklären, Berufung eingelegt, deren Zurückweisung die Antragsgegner beantragt haben.

Das Berufungsgericht hat in Beachtung der Berufung die einstweilige Verfügung aufrecht erhalten aus folgenden Gründen:

Der Antragsteller war zur Zeit der Auflösung des im Genossenschaftsregister des Amtsgerichts Dresden eingetragenen Turnvereins zu Trachau Mitglied dieses während der Liquidation durch den seitherigen Vorstand Friedrich Hermann B. vertretenen Vereins und ist als solches nach den Vereinsstatuten auf das durch die Erfüllung von Verpflichtungen des Vereins nicht erschöpfte Vereinsvermögen antheilig berechtigt. Zu dem Letzteren gehörte das auf Folium 349 des Grund- und Hypothekenbuchs für Trachau eingetragene Grundstück, das der Vorstand B. an die inzwischen als dessen Eigenthümer eingetragenen Antragsgegner veräußert hat. Mit der einstweiligen Verfügung, die ihnen die Weiter-

veräußerung und Verpfändung dieses Grundstücks verbietet, will der Antragsteller in den durch seine Mitgliedschaft begründeten Sonderrechten geschützt sein, die er durch den Kauf verletzt glaubt. Der aus diesem Gesichtspunkt erhobene Anspruch auf Anfechtung dieses Kaufs kann ihm nicht schlechthin abgesprochen werden,

vergl. die Motive zu § 54 des B.G.B.'s in Siebenhaar's Kommentar 2. Aufl. Bd. 1 S. 97, Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 33 S. 179 des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 23 S. 275, Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 4 S. 382, Wengler's Archiv 1890 S. 119,

und zwar auch nicht gegenüber den Antragsgegnern, da nach der besonderen Gestaltung des gegenwärtigen Falles gerade der in Folge des Kaufs eingetretene Eigenthumsübergang auf diese es ist, durch den er sich verletzt glaubt. Seine Berechtigung zu dieser Anfechtung ist durch die vorgebrachten Thatsachen in einer für die Zwecke der einstweiligen Verfügung genügenden Weise beanzeigt. Denn danach ist bei Abschluß des Kaufs von den Kontrahenten ausdrücklich erklärt worden, daß der im Vertrag festgesetzte Kaufpreis nicht zu bezahlen sei, und daß der Kauf nur zu dem Zwecke abgeschlossen werde, um den alsbald zu einer neuen Vereinigung zusammengetretenen sozialdemokratischen Mitgliedern des aufgelösten Turnvereins die Verfügung über das Grundstück zu erhalten. Die vom Antragsteller weiter in Bezug genommenen dem Kaufsabschluß vorangegangenen Verhandlungen lassen annehmen, daß den Käufern des Grundstücks ein Eigenthumsrecht an demselben in Wirklichkeit nicht habe zustehen sollen, daß sie nur vorgeschoben seien, „weil es dann nicht so vereinsmäßig aussehe" und zur Weiterveräußerung und Verfügung über das Grundstück nicht berechtigt sein sollten.

Neben dieser Geltendmachung der Nichtigkeit des danach nur zum Schein abgeschlossenen Vertrages (§ 828 des B.G.B.'s), hat der Antragsteller weiter behauptet, daß der vereinbarte Kaufpreis hinter dem wirklichen Werthe des Grundstücks erheblich zurückstehe. Das sei bei der dem Kaufsabschluß vorangegangenen Besprechung, an der sowohl der Vorstand B., wie die drei Antragsgegner theilgenommen hätten, ausdrücklich erwähnt worden. Es sei somit den Vertragstheilen bewußt gewesen, daß der Vertrag, wenn er zu Recht bestünde, eine offenbare Schädigung der auf das Vereinsvermögen berechtigten Mitglieder zur Folge haben müßte, zumal von dritter Seite ein höherer Kaufpreis für das Grundstück zu erlangen gewesen wäre. In Verbindung mit demjenigen, was sonst noch über die Art behauptet worden ist, wie der Kauf zu Stande gekommen ist, liegt darin in einer für die Zwecke der gegenwärtigen Entscheidung genügenden Bestimmtheit die Bezugnahme auf eine auch von den Antragsgegnern gewollte Verletzung der Sonderrechte des Antragstellers durch den Kaufsabschluß und somit auf ein absichtlich rechtswidriges Verhalten, das sie ihm gegenüber verantwortlich machen kann (§ 687 des B.G.B.'s).

Ein weiteres Eingehen auf die Einspruchsbegründung ist im Rahmen der

gegenwärtigen Entscheidung nicht geboten. Es genügt, daß die vorgetragenen Thatsachen eine auch gegenüber den Antragsgegnern verfolgbare Verletzung der Sonderrechte des Antragstellers und den daraus hergeleiteten Anspruch auf Anfechtung des Vertrages und des in der Folge eingetretenen Eigenthumsübergangs beanzeigt erscheinen lassen. Daß die Klagthatsachen nicht durchgängig bescheinigt sind, steht der Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht entgegen. Sie konnte nach §§ 815, 801,$_2$ der C.P.O. auch ohne solche Bescheinigung gegeben werden, sofern wegen der den Gegnern drohenden Nachtheile eine nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wurde. Von dieser Ermächtigung hat das Amtsgericht Gebrauch gemacht. Es besteht kein Bedenken, ihm auch insoweit beizutreten, zumal insbesondere die hinterlegte Sicherheit auch ihrer Höhe nach der Sachlage entspricht. Wenn endlich noch zur Gesetzmäßigkeit der einstweiligen Verfügung der Nachweis einer Gefährdung im Sinne von § 814 der C.P.O. erfordert wird, so ist auch dem genügt, da eine Weiterveräußerung des Grundstücks nach der den Einträgen im Grund- und Hypothekenbuche zukommenden gesetzlichen Wirkung dem Antragsteller die Verfolgung seiner Rechte erschweren und beziehentlich unmöglich machen würde. Daraus rechtfertigt sich zugleich der Inhalt der Verfügung, durch den den Antragsgegnern die Weiterveräußerung und Verpfändung des Grundstücks bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den erhobenen Anspruch verboten wird.

Anfechtungsklage verbunden mit der Deliktsklage und Besitzklage. Keine Anfechtung, wenn die veräußerten Gegenstände für den Kläger keinen Vollstreckungswerth haben. Voraussetzung der Anschlußpfändung. §§ 773, 208, 209 des B.G.B.'s, §§ 232 Abs. 2, 712 der C.P.O., § 137 des Str.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 3. Oktober 1896. O. VII. 81/96.

Der Beklagte hat vom Saitenfabrikanten Franz Hermann R. in M., der eine Schwester von ihm zur Ehefrau hat, am 1. Mai 1895 oder kurz vorher mehrere Gegenstände, insbesondere ein braunes Pferd mit zwei Geschirren, zwei fette Schweine, einen Steuerwagen und einen Leiterwagen mit Truhe, gegen baare Zahlung von 1200 ℳ erkauft und übergeben erhalten. Die beiden Schweine sind jedoch erst am 27. Mai 1895 zum Beklagten geschafft, alsbald darnach aber und noch vor Juni 1895 geschlachtet worden. Die übrigen Sachen sind noch im Besitze des Beklagten.

Der Kläger hatte gegen R. wegen einer Forderung von 443 ℳ 53 ₰ am 30. April 1895 die Zwangsvollstreckung vornehmen lassen, wobei u. A. auch die oben verzeichneten Sachen, welche bei einer früheren am 6. April 1895 erfolgten Pfändung im Gewahrsam des Schuldners belassen worden waren, nachpfändungsweise beschlagnahmt worden sind. In Ansehung dieser auf zusammen 795 ℳ geschätzten Sachen gingen ihm zwei Pfandgläubiger vor, deren Forde-

rungen an 705 ℳ 97 ₰. und 47 ℳ 16 ₰. vom Schuldner R. am 1. Mai 1895 bezahlt wurden.

Mit der jetzigen, Ende Juni 1895 zugestellten Klage fordert der Kläger, daß der Beklagte die obigen Sachen zu seiner, Klägers, Verfügung an den Gerichtsvollzieher des Amtsgerichts M. herausgebe, mit dem Antrage, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Seiten des Landgerichts zu Plauen ist der Ausgang des Rechtsstreits von Leistung oder Verweigerung eines dem Beklagten zuerkannten Eides abhängig gemacht worden, welcher dahin geht, daß nicht wahr sei, daß der Beklagte die fraglichen Sachen nach dem 30. April 1895 und mit Kenntniß davon, daß sie gepfändet seien, selbst oder durch von ihm beauftragte Personen in Besitz genommen habe.

Der Kläger hat Berufung eingelegt, weil die Klage bedingt abgewiesen worden ist, und beantragt, den Beklagten nach der Klagbitte zu verurtheilen, mit der Abänderung jedoch, daß an Stelle der Schweine der vom Beklagten baar zu zahlende Taxwerth von 120 ℳ trete.

Der Beklagte dagegen bittet, die Berufung des Klägers zurückzuweisen, und sodann unter Anschließung an die gegnerische Berufung die Klage bedingt abzuweisen.

Kläger hebt hervor, es sei allerdings zunächst nur die Anfechtungsklage auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 angestellt worden; da aber die Klage ausweislich des erstinstanzlichen Thatbestands auch als Besitz- und allgemeine Deliktsklage begründet worden sei, so wolle er auch die ihm aus diesen Gesichtspunkten zustehenden Rechte noch ferner mit geltend machen.

Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung die Klage auf die Anschlußberufung hin abgewiesen aus folgenden Gründen:

1. Wenn die Klage zunächst vom Standpunkte des Gesetzes, auf das sie nach der Klagschrift hat gestützt werden sollen, betrachtet wird, also als Anfechtungsklage, so ist sie unbegründet.

Das Recht eines Gläubigers, zu verlangen, daß das, was durch den Abschluß und Vollzug eines Vertrags aus dem Vermögen seines Schuldners veräußert worden ist, als zu demselben noch gehörig zurückgewährt, insbesondere dem Gerichtsvollzieher zu seiner, des Gläubigers, Verfügung zurückgegeben werde, ist durch das Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 gegeben worden, um dem Gläubiger die durch die anfechtbare Handlung entzogene Möglichkeit seiner Befriedigung wieder zu verschaffen. Es wird hierbei wesentlich vorausgesetzt, daß die angefochtene Rechtshandlung mit dem vom Anfechtenden erlittenen Nachtheile in ursachlichem Zusammenhange stehe, zu vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civilsachen, Bd. XV S. 63 flg., daß also der Kläger ohne die angefochtene Handlung eine völlige oder theilweise Befriedigung erlangt haben würde, keineswegs war es die Absicht des Gesetzgebers, einem Gläubiger durch die Anfechtungsklage

dazu zu verhelfen, daß seine Rechtslage sich besser gestalte, als sie ohne die den Gegenstand seiner Anfechtung bildende Handlung ohnehin gewesen wäre.

Die Veräußerung von der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenständen durch den Schuldner wird daher zwar regelmäßig bei dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruchs angefochten werden können, weil anzunehmen ist, daß der Gläubiger ohne die Veräußerung seine Befriedigung durch die Pfändung der veräußerten Sachen wenigstens theilweise erlangt haben würde. Indeß darf in dem formellen Verluste eines Vollstreckungsgegenstands nicht schlechthin und unwiderleglich eine Benachtheiligung des Gläubigers im Sinne des Anfechtungsgesetzes gesehen werden. Es bleibt vielmehr dem Anfechtungsgegner der Nachweis offen, daß der vom Schuldner preisgegebene Gegenstand zur Zeit des Ausscheidens aus dem Vermögen des Schuldners einen Vollstreckungswerth für den anfechtenden Gläubiger nicht besessen habe und ein zu dessen Befriedigung dienender Ueberschuß aus dem weggegebenen Vermögen nicht gewonnen sein würde.

War insbesondere der Werth der behauptlich anfechtbar veräußerten Sachen durch aufhaftende dingliche Rechte bereits völlig aufgezehrt, so ist dem Kläger kein Befriedigungsmittel entzogen und es fehlt damit an einer wesentlichen Voraussetzung der Anfechtung. Hierbei sind auch die minder guten Aussichten bei der Veräußerung im Zwangsverfahren zu berücksichtigen.

Zu vergl. Entscheidungen des R.G.'s, Bd. XXI S. 99, Bolze, die Praxis des R.G.'s in Civilsachen, Bd. X Nr. 264; Urtheil des III. Civilsenats vom 5. Oktober 1894, mitgetheilt in der Juristischen Wochenschrift 1894, S. 547 Nr. 17 und ausführlicher im Deutschen Reichsanzeiger Nr. 56 vom Jahre 1895, Dienstag-Abend-Ausgabe vom 5. März 1895.

Thatsächlich würde nun aber der Kläger auch ohne die angefochtene Handlung niemals aus den Sachen, deren Veräußerung an den Beklagten jetzt in Frage steht, Befriedigung haben erlangen können. Es wird hier ausgeführt, daß die fraglichen Gegenstände mit Rücksicht auf die vorgehenden Pfandrechte dritter Personen für den Kläger keinen Vollstreckungswerth hatten.

2. Die Klage ließe sich aber auch wenigstens zum Theil und insoweit, als wegen der beiden gepfändeten Schweine gegenwärtig deren Werth gefordert wird, den Bestimmungen der §§ 773 flg. des B.G.B.'s unterstellen. Der Beklagte würde, wenn er Sachen, die vom Gerichtsvollzieher gepfändet worden waren, mit Kenntniß hiervon sich angeeignet und mit sich genommen hätte, des in § 137 des Str.G.B.'s mit Strafe bedrohten Vergehens und somit einer an sich rechtswidrigen Handlung im Sinne des § 773 des B.G.B.'s sich schuldig gemacht haben. Er würde daher dem Kläger schadenersatzpflichtig sein, soweit demselben Schaden verursacht worden wäre. In dieser Hinsicht stehen ihm jedoch die Erwägungen unter 1 entgegen, da ihm eben durch die Handlungsweise des Beklag-

ten, insbesondere dadurch, daß er seinem Schwager R. die gepfändeten Sachen gegen baare Zahlung von 1200 ℳ Kaufpreis abkaufte und sich übergeben ließ, weder unmittelbar, noch mittelbar ein nachweisbarer Schaden erwachsen ist. Der Kläger kann mithin auch nicht auf Grund von §§ 773 flg. Schadenersatz vom Beklagten fordern.

3. Die vorige Instanz hat die Klage, die nach dem Klagschriftsatze nur als Anfechtungsklage erhoben worden ist, vor Allem als Besitzklage aufgefaßt, vermuthlich, weil sie davon ausgegangen ist, daß die Klage als Besitzklage noch am ehesten Erfolg haben könne. Da der Beklagte in der vorigen Instanz der Begründung der Klage als Besitzklage nicht widersprochen hat (§ 241 der C.P.O.) und die Verbindung einer Klage aus dem Besitze mit anderen Klagen nicht durchweg unstatthaft ist, sondern nur insoweit, als nach § 232 Abs. 2 der C.P.O. die Besitzklage und die das entsprechende dingliche Recht betreffende Klage nicht verbunden sein dürfen,

zu vergl. Seuffert's Kommentar zu § 232 der C.P.O., 7. Aufl. Nr. 3; Wengler's Archiv, Jahrg. 1882 S. 564,

so ist daher auch auf diese Klage einzugehen.

Nach § 208 des B.G.B.'s würde der Kläger nur dann im Besitze geschützt werden können, wenn er ein Pfandrecht an den in Frage stehenden Gegenständen erlangt hätte. Dies setzt im vorliegenden Falle voraus, daß die Sachen bei der Anschlußpfändung für den Kläger noch im Besitze des Gerichtsvollziehers gewesen sind. Es müßten also alle Pfänder, nicht blos die gepfändeten beiden Schweine, beim Schuldner R. am 30 April 1895 noch vorhanden gewesen sein. Dies wird jedoch vom Beklagten nur bezüglich der beiden Schweine zugestanden, während er von den anderen Pfändern behauptet, daß er sie spätestens bis zum Ablaufe des 29. April 1895 und jedenfalls vor dem 30. April 1895 in seinen Besitz genommen habe. Ist diese Behauptung des Beklagten richtig, so würde der Kläger in Ansehung dieser Sachen Pfandrecht nicht erlangt haben. Denn da die Anschlußpfändung nicht den Thatbestand einer selbständigen Pfändung enthält, so muß, wie auch schon von der ersten Instanz angedeutet worden ist, der dem § 712 der C.P.O. entsprechende Zustand der Pfandsachen zur Zeit der Anschlußpfändung noch vorhanden sein und kann der Gerichtsvollzieher, welcher den bei der ersten Pfändung erworbenen Pfandbesitz verloren hat, nicht angewiesen werden, die Sachen für den zweiten Gläubiger in Gewahrsam zu haben.

Zu vergl. außer dem schon Bl.— angeführten Kommentar Seuffert's, 7. Aufl. zu § 727 der C.P.O. Note 3, noch von Wilmowski und Levy, Kommentar, 7. Aufl. S. 1049 Note 1, Struckmann und Koch, Kommentar, 6. Aufl., zu § 727 Note 1, Seuffert's Archiv, Bd. 47 S. 375 (O.L.G. zu Nürnberg).

Auch § 1646 Abs. 4 der Geschäftsordnung für die Sächsischen Justizbehörden steht, wie beiläufig bemerkt werden mag, auf diesem Standpunkte.

Den hiernach nothwendigen Beweis hat der Kläger nicht erbracht.

Dies wird näher ausgeführt und dann weiter bemerkt:

Was die beiden Schweine anlangt, so sind dieselben zwar nach dem Zugeständnisse des Beklagten vor dem 30. April 1895 nicht aus dem R.'schen Grundstücke entfernt worden; insoweit gebricht es jedoch an einer anderen wesentlichen Voraussetzung für die Besitzklage. Denn beide Thiere sind bereits vor Erhebung der Klage geschlachtet worden, ohne daß sich hat feststellen lassen, ob ihr Fleisch und bez. was hiervon zur Zeit der Klagzustellung noch im Besitze des Beklagten gewesen ist. Besitz des Beklagten zur Zeit der Klagerhebung gehört aber nach § 206 der C.P.O. zu den wesentlichen Erfordernissen der Besitzklage.

Zu vergl. Wengler's Archiv 1882 S. 561, Grützmann, K. S. Privatrecht, § 72 I 1b S. 250.

Nach dem Gesagten würde es dem Kläger übrigens auch nichts nützen, wenn seine Klage etwa aus § 209 des B.G.B.'s zu beurtheilen wäre. Denn auch die Klage des § 209 geht nur gegen den, welcher zur Zeit der Klagerhebung besitzt, insofern sie eine „Klage wegen Besitzentziehung" sein soll, und in Ansehung der anderen Pfandstücke, nämlich des Pferdes und der beiden Wagen fehlt es an dem Nachweise, daß der Kläger durch die Pfändung vom 30. April Inhaber der Sachen geworden ist.

Kann der Schuldner, nachdem zur Erzwingung der Leistung des Offenbarungseids gemäß § 782 der C.P.O. wider ihn die Haft angeordnet worden ist, seine Verpflichtung zur Eidesleistung nachträglich noch bestreiten?

L.G. Leipzig, Civ.-K. II. Beschluß vom 13. November 1895. C. B. II. 237/95.

Das Landgericht hat die aufgestellte Frage im Gegensatz zu den Ausführungen Lobes in diesem Archiv, Bd. 5 S. 117 flg. — unter Festhaltung seiner früheren Ansicht, Archiv vom Jahre 1892 S. 604 — verneint.

Aus den Gründen:

1. Der Schuldner, der zur Leistung des Offenbarungseides geladen wird, kann, wenn er dem an ihn gestellten Verlangen nicht entsprechen will, seine Einwendungen richten: entweder gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt (Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung, § 685, gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel, § 668 der C.P.O.), oder nur dagegen, daß er zur Leistung des Offenbarungseides verpflichtet sei. § 781 Abs. 2. Beide Fälle sind von einanander zu scheiden. Ein „Bestreiten" der Eidespflicht im Sinne des § 781 Abs. 2 der C.P.O. liegt nur vor, wenn der Schuldner die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung an sich als vorhanden anerkennen muß, jedoch aus besonderen Gründen sich der Ver-

pflichtung überhoben erachtete, sein Vermögen eidlich zu offenbaren, z. B. wenn er den Offenbarungseid schon früher geschworen hat (§ 784). Nur in solchem Falle tritt an das Gericht die Verpflichtung heran, über die Berechtigung des erhobenen Widerspruchs nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung durch Urtheil zu entscheiden (§ 781 Abs. 2). Werden dagegen vom Schuldner Einwendungen der ersteren Art geltend gemacht, so ist über sie im Beschlußwege Entscheidung zu treffen, ohne das es einer vorgängigen mündlichen Verhandlung bedarf (§ 684 Abs. 3, § 668 Abs. 1).

Die verschiedenartige Behandlung der beiden Fälle verbietet es, das, was von den einen Einwendungen gilt, in analoger Weise auf die Beurtheilung der andern zu übertragen.

Einwendungen gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (§ 685) werden vom Gesetz zugelassen, solange das Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt noch im Gange und die thatsächliche Möglichkeit gegeben ist, die angefochtene Vollstreckungsmaßnahme zu beseitigen. Daraus folgt indes keineswegs, daß Einwendungen des Schuldners gegen seine Offenbarungspflicht dementsprechend gleichfalls bis zur Beendigung der Zwangsvollstreckung, somit nach Befinden auch noch nach Erlaß des Haftbefehls zur Erzwingung des Offenbarungseides zugelassen werden müßten. Damit würde ein sehr wesentlicher Unterschied in der rechtlichen Natur der beiden Einwendungen verkannt.

Daß die gesetzlichen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung und die Vorschriften über die Ausführung der Vollstreckung innegehalten werden, — die Zwangsvollstreckung beispielsweise nur vorgenommen werde auf Grund ordnungsmäßiger Vollstreckungsklausel, § 662, oder nach vorausgegangener Zustellung des Schuldtitels, § 621 —, darauf ist von Amtswegen zu achten. Die in dieser Richtung erhobenen Erinnerungen des Schuldners bezwecken nur, den Vollstreckungsrichter auf den vorhandenen Mangel des Verfahrens aufmerksam zu machen, ihn zu „erinnern“, daß er amtlich gegen die Ordnungswidrigkeit einschreite und das Vollstreckungsverfahren mit den gebietenden Vorschriften des Prozeßgesetzes wieder in Einklang bringe. Eben deshalb ist die Einwendung aus § 685 oder § 668 an keine Frist gebunden, ihre Anbringung vielmehr, solange das Zwangsvollstreckungsverfahren schwebt, jeder Zeit statthaft.

Wesentlich anders verhält es sich in dieser Hinsicht mit den Einwendungen des Schuldners gegen das Bestehen der Offenbarungspflicht. Ob der Schuldner, der den in § 711 der C.P.O. erwähnten Offenbarungseid schon früher geschworen hat, sich vor Gericht darauf berufen und deshalb seine Verpflichtung zur nochmaligen Eidesleistung bestreiten will, steht ganz bei ihm. Das Gesetz sagt keineswegs, daß in dem hervorgehobenen Falle die Leistung des Offenbarungseides unzulässig sei, sondern nur, daß der Schuldner dazu nicht verpflichtet sei, außer wenn glaubhaft gemacht werde, daß er inzwischen neues Vermögen er-

worden habe. Die Bestimmung in § 784 der C.P.O. ist also nicht von Amtswegen zu beachten.

Annalen des O.L.G.'s, Bd. 14 S. 276; Gaupp, Bd. II S. 541 N. 3 (2. Aufl).

Sie giebt dem Schuldner nur das Recht, eine Einrede darauf zu gründen und unter Bezugnahme auf sie dem Verlangen des Gläubigers nach Leistung des Offenbarungseides zu widersprechen.

Die Einrede ist, wie jedes andere Vertheidigungsmittel im Prozeß, Gegenstand der freien Disposition der Parteien. Der Schuldner braucht sein Widerspruchsrecht nicht geltend zu machen; er kann auf dessen Ausübung verzichten, ausdrücklich oder stillschweigend. Will er aber, daß der Einwand berücksichtigt werde, so muß er ihn vorschützen und zur richterlichen Entscheidung verstellen (§ 781 Abs. 2 der C.P.O.). Ein nicht erhobener Widerspruch ist, soweit es sich, wie hier, um verzichtbare Rechte, und nicht etwa um solche Punkte handelt, die von Amtswegen zu beobachten sind, für den Richter nicht vorhanden. Dem nicht erhobenen Widerspruche steht gleich der nicht rechtzeitig erhobene Widerspruch.

2. Für jede Parteihandlung ist im Prozeß, — „Prozeß" im weitesten Sinne genommen — eine zeitliche Grenze, bis zu welcher sie vorgenommen werden muß. Es giebt keine Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, deren Gebrauch schrankenlos zugelassen wäre; es kommt ein Zeitpunkt, mit dessen Ablauf sie der Partei endgültig verloren gehen. Vergl. u. A. § 251 der C.P.O. (mündliches Vorbringen der Parteien bis zum Schlusse der letzen mündlichen Verhandlung), § 247 der C.P.O. (Geltendmachung der prozeßhindernden Einreden bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache). Dies gilt auch von der Ausübung des Rechts des Schuldners, auf Grund von § 784 der C.P.O. gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids Widerspruch zu erheben.

Die Civilprozeßordnung spricht sich allerdings nicht ausdrücklich darüber aus, bis zu welchen Zeitpunkte der Widerspruch vom Schuldner geltend zu machen sei. Allein aus dem Zusammenhange der §§ 781 Abs. 2 und 782 ergiebt sich deutlich, daß dies spätestens im Eidesleistungstermine, bis zum Schlusse dieses Termins, geschehen muß. Nach § 781 Abs. 2 hat das Gericht, wenn der Schuldner seine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids bestreitet, über den Widerspruch durch Urtheil zu entscheiden. „Die Eidesleistung" — und demgemäß auch der Zwang dazu — „erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils." Auf der andern Seite wird in § 782 der C.P.O. die Anordnung der Haft gegen den Schuldner „zur Erzwingung der Eidesleistung" ohne Weiteres zugelassen, sofern der Schuldner in dem zur Leistung des Offenbarungseids bestimmten Termine nicht erscheint.

An das Nichterscheinen des Schuldners im Schwurtermine wird demnach die nämliche Rechtsfolge geknüpft, wie an die rechtskräftige Verwerfung seines

Widerspruchs: in beiden Fällen steht fest, daß der Schuldner zur Eidesleistung nunmehr gezwungen werden kann. Sobald aber die Anwendung der Zwangshaft statthaft ist, steht auch die Verpflichtung des Schuldners fest, die Haftanlegung zu dulden. Ihr zu entgehen hat der Schuldner kein andres Mittel, als daß er vor dem Schwurtermine oder im Termine selbst seinen Widerspruch bei Gericht anbringt.

Wird dies versäumt, bleibt der Schuldner ohne vorher seinen Widerspruch kundgegeben haben im Schwörungstermine aus, so trifft ihn die allgemeine Rechtsfolge jeder Säumniß:

„Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird." § 208 der C.P.O.

Wer ein ihm zur Seite stehendes Vertheidigungsmittel zur rechten Zeit geltend zu machen unterläßt, geht eben seines Rechtsbehelfs verlustig. § 782 der C.P.O. stellt klar die Versäumnißfolgen fest und wenn auch die versäumte Prozeßhandlung nicht ausdrücklich genannt ist, so ergiebt sich doch aus dem Zusammenhange mit § 781 der C.P.O. mit zwingender Nothwendigkeit, daß nur das Bestreiten als die versäumte Prozeßhandlung angesehen werden kann. Man darf daher nicht sagen, der Schuldner erleide ein unbilliges Loos, wenn er blos deshalb, weil er im Schwurtermine säumig gewesen sei, seinen rechtlich vielleicht völlig begründeten Widerspruch gegen die Eidespflicht verliere. Dem gleichen Schicksale verfällt jede Partei, die eine vom Gesetz geordnete Ausschlußfrist nicht innehält. —

3.) Daß mit dem Eintritte des Zeitpunktes, wo die Eidesleistung durch Haftanordnung erzwungen werden kann, die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseids rechtlich feststehe, wird auch von den Gegnern der hier vertretenen Ansicht an sich zugegeben. Bestritten wird nur, daß diese Feststellung schlechthin unabänderlich sei. Ein nachträgliches Bestreiten der Eidespflicht sei zulässig, weil vom Gesetz nicht verboten.

Hält man sich indeß an § 208 C.P.O. und geht man dementsprechend davon aus, daß der Schuldner durch Versäumung das ihm zustehende Bestreitungsrecht verwirkt, so wird man nur dann dazu gelangen können,, ein nachträgliches Bestreiten des Schuldners zuzulassen, wenn eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung gestattet. Dies ist nicht der Fall. Die Civilprozeßordnung bietet dem Schuldner kein Rechtsmittel, die Wirkungen seiner Säumniß wieder gut zu machen, wie sie es der säumigen Prozeßpartei im Einspruche gegen die Folgen ihres Ausbleibens im Verhandlungstermine an die Hand giebt (§ 295 flg., § 303 und namentlich § 640 der C.P.O.). Sie nimmt auch keine Rücksicht darauf, ob das Unterlassen der Prozeßhandlung — hier: des Bestreitens der Eidespflicht — auf einer entschuldbaren oder unentschuldbaren Versäumniß beruht, etwa in der Weise, wie

dies in § 247 der C.P.O. geschieht, der dem Beklagten die Nachholung der an sich versäumten prozeßhindernden Einreden wenigstens für den Fall gestattet, wo er glaubhaft machen kann, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, die Einreden vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

Der an die Säumniß des Schwurtermins geknüpfte Rechtsverlust wirkt demnach endgültig und unabänderlich. Der Schuldner, der seine Verpflichtung zur Eidesleistung bestreiten möchte, nachdem auf Grund seines Nichterscheinens im Schwurtermine bereits Haftbefehl gegen ihn erlassen worden ist, kann durch sein nachträgliches Bestreiten die Thatsache nicht ungeschehen machen, daß er früher in seiner Rechtsausübung säumig gewesen ist und daß er damit für den Gläubiger das Recht begründet hatte, gegen ihn die Haftanlegung zu beantragen. War aber der Gläubiger einmal berechtigt, dem säumig gebliebenen Schuldner gegenüber die Verwirklichung der gesetzlichen Versäumnißfolge (§ 782 der C.P.O.) zu verlangen, so kann ihm dieses Recht nicht dadurch hinterher wieder genommen werden, daß man dem Schuldner erlaubt, das Versäumte nachzuholen. Für die Zulässigkeit einer solchen Nachholung bietet das Gesetz keinen Anhalt.

Dieses Ergebniß entspricht auch allein dem praktischen Bedürfniß. Läßt man ein nachträgliches Bestreiten der Eidespflicht zu, so giebt man dem Schuldner die Möglichkeit, sich der über ihn verhängten Haft jeder Zeit, nach Befinden zu wiederholten Malen, zu entziehen und den Augenblick, wo er dem Gläubiger seine Eidespflicht zu erfüllen hat, nach Belieben hinaus zu schieben. Das nackte Bestreiten der Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids würde das Gericht nöthigen, den Schuldner aus der Haft zu entlassen und ein prozessuales Verfahren zur Entscheidung über die Berechtigung des schuldnerischen Widerspruchs in die Wege zu leiten. Daß dies die nothwendige Folge der nachträglichen Widerspruchserhebung sei, ist zwar bestritten worden. (Sächs. Archiv Bd. 5 S. 124, 125, vergl. auch Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 14 S. 276). Allein die Bestimmung in § 781 Abs. 2 der C.P.O. bietet keinen Ausweg, jener Folgerung zu entrinnen. Sobald ein nach dem Gesetz zulässiger Widerspruch gegen die Offenbarungspflicht erhoben wird, muß zuvörderst über den Widerspruch entschieden und die Rechtskraft des ihn verwerfenden Urtheils abgewartet werden, ehe gegen den Schuldner mit Anordnung der Haft zur Erzwingung seiner Offenbarungspflicht vorgegangen werden darf. Daraus folgt ohne Weiteres, daß, wenn im einzelnen Falle die Haft gegen den Schuldner bereits angeordnet war, sie auf einen nachträglich erhobenen Widerspruch des Schuldners wieder aufgehoben werden muß. Diese Folge erscheint unannehmbar.

Zur Auslegung des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen. Verhältniß des Musterschutzes zum Zeichenschutz.

Urtheil des R.G.'s I. Civ.S. vom 16. Januar 1896. I. 296/96.

Die Klägerin, welche sich mit der Anfertigung von Cigarren-Ausstattungen (sog. Cigarren-Packungen) befaßt, hat für die bei den Akten befindlichen Muster Nr. 4274 (Arabella), 4301 und 4302 (El Senorito) gesetzlichen Schutz erworben, nachdem dieselben am 7. Dezember 1894 und 22. Januar 1895 zum Musterregister in Hanau von ihr angemeldet waren. Am 23. November 1894 hat sie mit der Beklagten ein Uebereinkommen geschlossen, wonach sie die Lieferung von je 10000 Ausstattungen in Partien von je 2500 Stück übernahm und ihrer Kontrahentin rücksichtlich dieser Packungen das Alleinbezugsrecht für Deutschland und Australien einräumte. Zugleich gewährte sie derselben aber die Befugniß, nach Empfang der ersten Partie „gegen Freigabe der Packung" die weitere Ausführung des Vertrages abzulehnen. Mittels Schreibens vom 2. Oktober 1895 hat die Beklagte denn auch die getroffenen Abmachungen für aufgehoben erklärt. Demnächst und zwar am 6. und 8. November 1895 sind für dieselbe auf ihren Antrag vom 3. Juli 1895 die nämlichen Muster als Waarenzeichen in die Zeichenrolle des Patentamtes (Klasse 38 Nr. 10907 R. 896 Nr. 10935 R. 899 Nr. 10819 R. 898) eingetragen worden. Klägerin hat u. A. beantragt, die Beklagte zur Löschung dieser Waarenzeichen zu verurtheilen. Diesem Antrage hat die 3. Kammer bei dem L.G. zu H. durch Urtheil vom 7. März 1896 entsprochen. Auf die Berufung der Beklagten hat das O.L.G. zu H. durch Urtheil vom 9. Juni 1896 die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin stellte das R.G. die erstinstanzliche Entscheidung wieder her aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Das Berufungsurtheil beruht auf folgenden Erwägungen:

Das Urheberrecht der Klägerin schließe das Zeichenrecht der Beklagten nicht aus. Habe jene gesetzlichen Schutz für ein Geschmacksmuster erworben, so wäre es darum dieser noch nicht verwehrt, dasselbe kunstgewerbliche Erzeugniß, sofern es nur den Aufforderungen des Reichsgesetzes zum Schutz der Waarenbezeichnungen entspräche, als Waarenzeichen anzumelden und eintragen zu lassen. Das folge mit Nothwendigkeit aus den Vorschriften eben dieses Gesetzes. In ihm seien außer den formellen auch die materiellen Voraussetzungen für die Eintragungsfähigkeit einer Marke erschöpfend bestimmt. Danach sei die Eintragung zwar zu versagen, wenn das angemeldete Zeichen mit dem eingetragenen Zeichen eines anderen Geschäftstreibenden übereinstimme. Sie dürfe aber nicht auch deshalb versagt werden, weil bezüglich eines gleichen oder ähnlichen Zeichens bereits ein Dritter den Schutz des Urheberrechts erlangt habe (§§ 4—6 des Gesetzes). Ebenso seien die Thatsachen, welche zur Löschung des Zeichens führen sollen, gesetzlich im Einzelnen festgestellt worden. Auch hier werde aber der früheren Eintragung in das

Musterregister nicht als eines der Momente gedacht, auf das die rechtliche Ungültigkeit des Zeichens sich stützen ließe. (§§ 8 und 9 daselbst). Musterschutz und Zeichenschutz seien denn auch in der That mit einander vereinbar. Das Urheberrecht erschöpfe sich in der Befugniß, darüber ausschließlich zu verfügen, ob und in welchem Maße das Geisteswerk, das es zum Gegenstand habe, in die Außenwelt treten soll. Nur der Urheber habe das Recht, sein gewerbliches Muster oder Modell ganz oder theilweise nachzubilden. Damit sei denn von selber und nothwendig auch die Ermächtigung verknüpft, zu verhindern, daß ein widerrechtlich angefertigtes Muster oder Modell gewerbsmäßig feilgehalten, verkauft oder auf sonstige Weise verbreitet werde. (§§ 1, 14 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, vom 11. Januar 1896 und § 25 des Gesetzes, betr. das Urheberrecht Schriftwerken u. s. w. vom 11. Juni 1870). Mit der Vervielfältigung und Ausgabe des Werks seitens seines Urhebers eröffne sich aber für Andere die rechtliche Möglichkeit, rücksichtlich der in Verkehr gelangten Exemplare ein Zeichenrecht zu erwerben. Dasselbe sei heterogenen Inhalts und nach Wesen und Bedeutung vom Urheberrecht verschieden. Es gewähre nicht das Recht der Nachbildung, sondern gestatten dem Eingetragenen nur, unter Ausschluß aller Anderen, Waaren der angemeldeten Art oder deren Verpackung oder Umhüllung mit dem Waarenzeichen zu versehen, die so bezeichneten Waaren in Verkehr zu setzen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen anzubringen. (§ 12 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894). Sei darum das nämliche Erzeugniß für den Einen in das Musterregister und für den Anderen in die Zeichenrolle eingetragen, so dürfe der Eine es allein herstellen und den Andern es allein im Geschäftsverkehr als Waarenzeichen benutzen.

Das Reichsgericht kann diesen Erwägungen nicht beitreten, erachtet dieselben vielmehr für rechtsirrthümlich.

Zunächst hält es das Reichsgericht nicht für richtig, wenn das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit einer auch in der juristischen Literatur u. A. von Meves (Schutz der Waarenbezeichnungen S. 122) vertretenen Ansicht annimmt, daß die Fälle, in denen eine Löschung des eingetragenen Zeichens von einem Dritten begehrt werden könne, in dem Gesetz vom 12. Mai 1894 erschöpfend aufgeführt seien. Ein Spezialgesetz, wie das zum Schutz der Waarenbezeichnungen erlassene, ist nicht inkorrekt gefaßt, wenn es sich auf die Regelung der Verhältnisse beschränkt, die sich aus der Natur des Gegenstandes, den es zu regeln bestimmt ist, unmittelbar ergeben. Danach sind in § 9 die Fälle bezeichnet, in denen ein Dritter die Löschung eines Waarenzeichens beantragen kann:

1. wenn das Zeichen für ihn auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselben oder für gleichartige Waaren in der Zeichenrolle oder in den nach Maßgabe des Gesetzes über den Markenschutz vom 30. November 1874 geführten Zeichenregistern eingetragen steht;

2. wenn der Geschäftsbetrieb, zu welchem das Waarenzeichen gehört, von dem eingetragenen Inhaber nicht mehr fortgesetzt wird;
3. wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ergiebt, daß der Inhalt des Waarenzeichens den thatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht, und die Gefahr einer Täuschung begründet.

Damit ist aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß sich das Gesetz von andern gesetzlichen Bestimmungen, die vor demselben liegen, von der gesammten Rechtsordnung isolirt.

Sehr zutreffend hat Kohler (Recht des Markenschutzes S. 161) den Satz an die Spitze seiner diese Frage berührenden Ausführungen gestellt: „Die Marke darf nicht rechtswidrig sein, sie darf nicht in das Recht eines Dritten eingreifen; jede gegen das Recht eines Dritten verstoßende Marke entbehrt des rechtlichen Schutzes". Ist dieses Werk auch lange vor dem Gesetze vom 12. Mai 1894 erschienen, so bleibt der Satz doch eine Wahrheit auch gegenüber den Bestimmungen des neuen Gesetzes. Für das Gesetz selbst ist jene Wahrheit eine ganz selbstverständliche Voraussetzung, wie denn auch Seligsohn in seinem Kommentar zu eben diesem Gesetze § 1 Nr. 13 S. 31 bekennt:

Das Zeichen soll nicht in Rechte Dritter eingreifen. Dies ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, folgt aber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

Nun führen allerdings die Entscheidungsgründe des Berufungsurtheils weiter aus, eine Kollision des später in die Zeichenrolle eingetragenen Waarenzeichens mit dem Urheberrechte eines Dritten an dem Geschmacksmuster, das der Eingetragene als sein Waarenzeichen erwählt hat, und das der Urheber zur Eintragung in das Musterregister unter entsprechender Niederlegung eines Exemplars oder einer Abbildung früher angemeldet hat, liege gar nicht vor.

Das Berufungsgericht glaubt sich für seine Ansicht auf eine Erklärung stützen zu können, welche nach dem Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf des Gesetzes zum Schutz der Waarenbezeichnungen die Regierungskommissarien der Kommission gegenüber bezüglich des Verhältnisses des Musterschutzes und des Zeichenschutzes dahin abgegeben haben:

Der Musterschutz gewährt dem Urheber des Musters das Recht der ausschließlichen Vervielfältigung, der Zeichenschutz dem Eingetragenen ausschließlich das Recht, das Zeichen zur Kenntlichmachung von Waaren zu verwenden. Ein geschütztes (Schönheits- oder Geschmacks-) Muster kann als Waarenzeichen angemeldet und eingetragen werden; in diesem Fall hat der Inhaber des Musterschutzes allein das Recht, das Muster gewerblich nachzubilden, während die Befugniß zur Verwendung der Nachbildungen als Waarenbezeichnung ausschließlich dem Träger des Zeichenrechts zusteht. Diese beiden Befugnisse haben einen verschiedenen Inhalt und können nebeneinander bestehen. Es ist auch begrifflich nicht ausgeschlossen, daß ein eingetragenes Zeichen nachträglich als Muster geschützt wird. Allerdings ist in diesem Falle die Rechtsbeständigkeit

des Musterschutzes davon abhängig, daß durch die Eintragung des Zeichens dem Muster die Eigenschaft der Neuheit nicht verloren gegangen ist.

Es könnte eingewendet werden, daß diese Erklärung nicht direkt die obige Frage beantwortet. Indessen muß man doch wohl annehmen, daß die Erklärung die in der Kommission angeregte Frage nach dem Verhältniß zwischen Muster- und Zeichenschutz hat erschöpfend beantworten sollen. Und unter dieser Voraussetzung konnte sich das Berufungsurtheil allerdings, und um so mehr auf diese Erklärung der Regierungskommissare berufen, als die Personenklasse, welche sich Muster schützen läßt, nicht durchaus zusammenfällt mit der Personenklasse, welche sich Waarenzeichen schützen läßt. Es hätte deshalb besonders nahe gelegen, einen Vorbehalt bezüglich des Falles zu machen, daß sich ein Kaufmann ein bereits geschütztes fremdes Muster als Waarenzeichen ohne Zustimmung des Urhebers eintragen läßt. Zumal eben dieser Fall in der Literatur bereits erörtert und von Kohler a. a. O. in einem entgegengesetzten Sinne beantwortet war.

Daraus, daß dieser Vorbehalt nicht gemacht ist, wird also wohl geschlossen werden müssen, daß die Erklärung der Regierungskommissare dahin zu verstehen ist, daß sich auch in dem angeführten Falle das Recht des Urhebers darauf beschränke, daß er ausschließlich das Muster nachbilden darf, daß aber der Inhaber des Zeichenrechts jedem, auch dem Urheber selbst und denen, die von ihm die Erlaubniß dazu erhalten haben, untersagen dürfe, das Muster auf Waaren oder deren Verpackung, wenn auch nur zum Zweck der Ausschmückung anzubringen. Wie ja denn auch die Regierungskommissare nach dem weiteren Inhalt des Berichts sich zu der Ansicht bekannten, daß allgemein kein Anderer das geschützte Zeichen in keiner Form auf Waaren oder Verpackung anbringen dürfe; auch der Einwand, das Zeichen sei nur als Verzierung angebracht, könne weder den durch dies Gesetz gewährten Schutz beseitigen noch die Strafbarkeit nach § 13 aufheben.

Freilich wird das Berufungsurtheil dadurch, daß es mit der bei der Berathung des Gesetzes von den Regierungskommissarien amtlich abgegebenen Erklärung übereinstimmt, vor dem Vorwurf rechtsirrthümlicher Gesetzesverletzung nicht geschützt.

Das Reichsgericht verkennt nicht, welch' hohe Bedeutung die bei Gesetzesberathungen von den zuständigen Organen abgegebenen Erklärungen über Sinn und Tragweite des demnächst in der vorgelegten Fassung zu Stande gekommenen Gesetzes haben. In zahlreichen Fällen sind sie, namentlich bei unklarer Fassung des Gesetzes für maßgebend und ausschlaggebend anzusehen.

Das liegt aber doch dann anders, wenn der Gesetzentwurf für sich nicht unklar ist, und wenn die Erklärung der betreffenden Kommissare nicht sowohl diesen Gesetzentwurf als ein bereits bestehendes Gesetz betrifft, welches aufzuheben oder abzuändern der neue Gesetzentwurf gar nicht bestimmt war.

Läßt sich nachweisen, daß in den parlamentarischen Berathungen die Trag-

weite des bestehenden Gesetzes unrichtig aufgefaßt ist, und hat diese, wenn schon Seitens der Kommission oder des Reichstags unwidersprochen gebliebene Auffassung der Regierungskommissare nicht die Folge gehabt, daß in das neue Gesetz positive Bestimmungen aufgenommen sind, welche dem früheren Gesetze derogiren, so bleibt es eben bei diesem Gesetze, das durch jene Erklärung so wenig berührt wird, wie die auslegende Thätigkeit des Richters, welcher das Gesetz anzuwenden berufen ist.

Und dieser Fall liegt hier vor. Denn es ist keineswegs richtig, daß sich das Urheberrecht an einem unter dem Schutz des Gesetzes vom 11. Januar 1876 stehenden Muster auf das ausschließliche Recht beschränkt, dieses Muster ganz oder theilweise nachzubilden.

Allerdings kann die nicht eben glückliche Fassung des § 1 dieses Gesetzes zu solcher Meinung verleiten. Allein eine Andeutung für eine weitergehende Auffassung enthält doch auch schon § 1 in dieser Fassung.

Denn das Recht soll zustehen in Beziehung auf ein gewerbliches Muster oder Modell. Das Gewerbe besteht aber in der nutzbringenden Verwerthung. Und diesem Gedanken, dem gewerblichen Eigenthum die nutzbringende Verwerthung zu sichern, verdanken die gesammten Gesetze, welche zum Schutze des gewerblichen Eigenthums ergangen sind, ihre Entstehung. Darum ist die Nachbildung eines Musters oder Modells, welche in der Absicht erfolgt, dieselbe zu verbreiten, ohne Genehmigung des Berechtigten verboten (§ 5). Denn die Verbreitung nimmt den Markt in Anspruch, auf welchen der Urheber des Musters allein das Recht hat. Darum wird der, welcher vorsätzlich Muster, die den Vorschriften des Gesetzes zuwider angefertigt sind, gewerbsmäßig verkauft oder in sonstiger Weise verbreitet, bestraft und er macht sich schadensersatzpflichtig. § 25 des Urheberrechtsgesetzes vom 11. Juni 1870 in Verbindung mit § 14 des Musterschutzgesetzes. Damit ist anerkannt, daß dem Urheber des Musters das ausschließliche Recht der gewerbsmäßigen Verbreitung zusteht, — Gierke, Deutsches Privatrecht § 92 Anm. 33, S. 837.

Hat aber die Klägerin dieses Recht, so darf ihr dasselbe von der Beklagten nicht dadurch verschränkt werden, daß sie sich das Recht anmaßt, dieses ihr nicht gehörige Muster als Waarenzeichen zu dem Zweck und mit der Wirkung für sich eintragen zu lassen, anderen Personen, denen die Klägerin solches (gegen Entgelt) gestattet hat, zu verbieten, daß sie mit diesem Muster ihre Waaren oder deren Verpackung ausschmücken.

Nach dem Inhalt des Urheberrechts an den Mustern ist die Klägerin nicht auf den Antrag eingeschränkt, daß die Beklagte die Muster auch als ihr Waarenzeichen nur durch Verwendung von Bildern ausübe, die sie von der Klägerin bezieht, sodaß sie sich nur der eigenen Nachbildung oder des Erwerbs solcher Nachbildung von solchen Personen zu enthalten hätte, denen die Klägerin nicht die gewerbliche Nachbildung gestattet hat.

Die Beklagte darf auch dritten Personen, die von der Klägerin dazu Er-

laubniß erhalten haben, den gewerblichen Gebrauch dieser Bilder nicht untersagen.

Der Kaufmann kann sich freilich beliebige Zeichen als Waarenzeichen wählen. Aber diese Freiheit der Wahl ist soweit eingeschränkt, als die Zeichen, sei es als Muster oder aus einem anderen Grunde, der freien Occupation nicht zugänglich sind, weil an denselben bereits das ausschließliche Recht eines Anderen begründet ist.

Und weil solche rechtswidrige Occupation, ein Verbietungsrecht gegen Dritte, von der Beklagten aus dem Eintrag des Waarenzeichens auf Grund des Gesetzes vom 12. Mai 1894 abgeleitet wird, darum darf die Klägerin die Löschung dieses Zeichens begehren.

Allerdings konnte die Klägerin der Beklagten die Benutzung der zunächst für sie gefertigten Bilder gestatten, und sie hat ihr nach dem Vertrage vom 23. November 1894 das Alleinbezugsrecht für Deutschland und Australien eingeräumt. Wäre aber anzunehmen, daß in dieser Gestattung eines ausschließlichen Bezugsrechtes für das Gebiet des deutschen Reichs die Gestattung enthalten wäre, daß sich die Beklagte die Bilder auch als Waarenzeichen eintragen ließ, so wurde diese Gestattung nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages damit hinfällig, daß die Beklagte den Vertrag kündigte. Denn damit sollte die Packung freigegeben sein. Die Beklagte darf also in keinem Falle die für sie eingetragenen Waarenzeichen aufrecht halten.

Hiernach ist die Beklagte allerdings verpflichtet, die Waarenzeichen löschen zu lassen. Denn darauf, daß sie etwa das Waarenzeichen als inhaltsleeres Recht aufrecht hielt, indem sie nur etwa der Klägerin verpflichtet wäre, sich des Verbots gegen Dritte, das Muster zu verwenden, zu enthalten, — ein Ausweg, der von dem Prozeßvertreter der Revisionsbeklagten angedeutet wurde, — hat sie keinen Anspruch.

Auch ist daran nicht zu zweifeln, daß die Muster eigenthümlich sind, und daß sie zur Zeit der Anmeldung neu waren. Denn daß sie bereits vorher verbreitet worden wären, hat die Beklagte in substantiirter Weise nicht behauptet.

Hiernach war dem Revisionsantrage der Klägerin stattzugeben.

Zustellungen an Gefangene.

Urtheil des R.G.'s VI Civilsenat vom 3. Februar 1896. VI 308/95.

Das angefochtene Urtheil ist nach der vorgelegten Zustellungsurkunde dem Beklagten am 31. Juli 1895 zugestellt. Der die Einlegung der Revision und die Ladung des Beklagten vor das Rev.-Gericht enthaltende Schriftsatz ist im Auftrage des Anwalts der Klägerin durch den Gerichtsvollzieher beim Reichsgericht am 28. August 1895 der Postanstalt mit dem Ersuchen übergeben worden, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts Waldheim zu übertragen. In

Folge dessen hat der dortige Postbote am 29. August 1895 das zuzustellende Schriftstück nebst Abschrift der Zustellungsurkunde dem Direktor des Zuchthauses zu Waldheim, B., übergeben. Einen Vermerk darüber, warum die Zustellung nicht unmittelbar an den Beklagten erfolgt sei, enthält die Zustellungsurkunde nicht. Diese Zustellung ist als rechtsgiltig anzusehen. Wenn durch die Postbehörde in § 1 der Anweisung über das Verfahren bei Bestellungen von Schreiben mit Zustellungsurkunden bestimmt ist, daß eine Beförderung von Sendungen mit Zustellungsurkunden an Gefangene durch die Post nicht stattfinde — Allg. Dienstanweisung für die Post- und Telegraphenanstalten Absch. V Abth. I Anl. 20 S. 211 —, so ist dieser reglementären Vorschrift keinesfalls die Tragweite beizumessen, daß dann, wenn eine Postanstalt gleichwohl die Zustellung übernommen und ausgeführt hat, die Zustellung als ungiltig angesehen werden könnte. Es braucht deshalb darauf, ob jene Bestimmung, wie behauptet worden ist — Burgheim in der Zeitschr. der Anwaltskammer zu Hamm 4. Jahrg. Nr. 1 — mit der C.P.O. in Widerspruch stehe und deshalb unwirksam sei, nicht eingegangen zu werden.

Die weitere Frage, ob für den Beklagten dem Strafanstaltsdirektor habe zugestellt werden dürfen, ist zu bejahen. Die Bestimmung im 2. Absatze von § 166 der C.P.O. ist unbedenklich auch bei Zustellungen an Gefangene anzuwenden dergestalt, daß für diese derjenigen Person zugestellt werden kann, welche für die Strafanstalt die Funktion des „Hauswirths" versieht. Nach der vom Kgl. Sächs. Justizministerium unter dem 9. Juli 1881 erlassenen Bekanntmachung — Just.Min.Bl. S. 45 flg. — ist dem Direktor der Strafanstalt Waldheim von seiner vorgesetzten Behörde ausdrücklich übertragen, die Obliegenheiten eines Hauswirths wahrzunehmen. Selbstverständlich konnte aber dem Strafanstaltsdirektor für den Beklagten nur zugestellt werden, wenn die allgemeine Voraussetzung der Ersatzzustellung, daß nämlich der Adressat selbst vom Zustellungsbeamten nicht angetroffen wurde, vorlag. Daß dies der Fall gewesen sei, ist nicht ausdrücklich in der Zustellungsurkunde vermerkt. Indeß ist hierin ein wesentlicher Mangel der Zustellungsurkunde (C.P.O. § 174 Ziff. 4) nicht zu befinden. Aus der Natur der Verhältnisse, in denen sich der Insasse einer Strafanstalt befindet, ergiebt sich von selbst, daß zu ihm ein Zustellungsbeamter nicht willkürlich gelangen kann, er vermag ihn nur zu treffen, wenn ihm der Gefangene durch ein Organ der Anstaltsverwaltung vorgeführt oder der Zustellungsbeamte durch ein solches nach der Stelle, wo der Gefangene sich befindet, geleitet wird. Uebernimmt nun der Vorsteher einer Strafanstalt, von dessen Entschließung es hiernach abhängt, ob der Zustellungsbeamte den Adressaten persönlich antreffen kann oder nicht, das dem letzteren zuzustellende Schriftstück für diesen, so bekundet er damit, daß er es nicht für angemessen befinde, den Gefangenen vorführen oder den Zustellungsbeamten zu jenen führen zu lassen, und es wird also durch dieses Verhalten des Anstaltsleiters ohne Weiteres festgestellt, daß der Zustellungsbeamte den Gefangenen

persönlich nicht angetroffen habe. Aus welchen Gründen der Anstaltsleiter so verfährt, ... ist gleichgiltig, es genügt, daß der Zustellungsbeamte thatsächlich nicht zu dem Gefangenen gelangen kann. Durch dasjenige, was die Zustellungsurkunde bekundet, ist hiernach in genügender Weise der Grund zum Ausdruck gekommen, durch welchen die Zustellung an den Anstaltsdirektor als Hauswirth gerechtfertigt wird. Urtheil vom 3. Februar 1896. VI. 308/95.

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Die Klägerin ist am 21. Mai 1873 geboren und hat sich während der Minderjährigkeit und während sie beim Amtsgericht Kolberg unter Vormundschaft ihrer Mutter stand, verheirathet. Als ihr Ehemann 1892 in Konkurs verfiel, hat sie von der Masse dessen Geschäft übernommen, ihrem Ehemann Generalvollmacht ertheilt und unter der eingetragenen Firma A. F. ein Holzgeschäft betrieben. Für dasselbe sind durch Vertrag vom 9. März 1893 durch den Ehemann S. S. Hölzer angekauft und ist zur Sicherung für das Kaufgeld u. A. ein von dem Ehemann in Vollmacht der Klägerin an eigene Ordre am 27. März 1893 auf H. P. gezogener, von diesem acceptirter, in blanco girirter, schließlich von dem jetzt beklagten Vorschußvereine zu N. indossirter Wechsel über 1500 ℳ gegeben, der zur Verfallzeit am 27. Juni 1893 vom Acceptanten nicht gedeckt und nach Protestaufnahme im Regreßwege von dem Vorschußvereine eingelöst worden ist. Auf die Klage des Vorschußvereins ist die Klägerin durch Urtheil des Landgerichts zu X. vom 27. Oktober 1893 im Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte verurtheilt worden, 1500 ℳ nebst 6 % Zinsen und 22 ℳ Wechselunkosten zu zahlen. Das Urtheil ist dem von dem Ehemanne bestellten Prozeßbevollmächtigten der jetzigen Klägerin vom 6. November 1893 zugestellt und das ordentliche Rechtsmittel dagegen nicht eingelegt, die Urtheilssumme nebst den Zinsen auch gezahlt. Mit der vorliegenden, am 29. August 1894 zugestellten Klage hat die Klägerin auf Grund der § 542 Ziff. 1 und 2 der C.P.O. beantragt, das Urtheil vom 27. Oktober 1893 aufzuheben, die Klage abzuweisen und den Vorschußverein zur Rückzahlung des auf Grund jenes Urtheils gezahlten zu verurtheilen. Sie drang damit auch in der Revisionsinstanz durch. „.. Der Nichtigkeitsgrund ist gegeben. Die Klägerin war während des Prozesses minderjährig und bevormundet. Nach § 736 II 18 A.L.R. und den §§ 61 flg., 99 der Vormundschaftsordnung vom 5. 7. 1875 hatte ihre Verheirathung weder Großjährigkeit und Geschäftsfähigkeit, noch die Aufhebung der Vormundschaft zur Folge, die Klägerin war nach §§ 50, 51 der C.P.O. prozeßunfähig, und konnte im Prozeß nur durch ihren gesetzlichen Vertreter handeln, d. h. durch ihren Vormund, nicht durch ihren Ehemann. Daran wird dadurch nichts geändert, daß die Klägerin mit Genehmigung ihres Ehemannes ein Holzgeschäft betrieben hat. Die Artikel 6—8 des H.G.B.'s besagen nicht, daß eine minderjährige Frau dadurch geschäftsfähig wird, daß sie Handelsgeschäfte betreibt, oder eine minder-

jährige Ehefrau dadurch, daß ihr Ehemann einwilligt, daß sie Handelsgeschäfte betreibt. Sie besagen nur, daß eine Frau, die Handelsgeschäfte betreibt, und eine Ehefrau, die mit Genehmigung ihres Ehemannes solche Geschäfte betreibt, Kaufmann ist, ohne Rücksicht auf die Beschränkungen, die die Landesgesetze dem weiblichen Geschlechte als solchem auferlegen. Die Vorschriften der Landesgesetze über die Wirkungen der Minderjährigkeit und der Vormundschaft sind dadurch nicht berührt. Als Minderjährige unter Vormundschaft konnte die Klägerin aber nach § 42 Nr. 9, 10, § 46 der Preuß. Vormundschaftsordnung und nach § 5 des Gesetzes vom 12. Juli 1875 nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gewerbsmäßig Handelsgeschäfte betreiben. Die Genehmigung ihres Ehemannes ist rechtlich bedeutungslos. . ." I. 328/96 vom 10. 2. 1897.*)

2. Nach § 437 der C.P.O. ist die Befugniß des Gerichts, einer Partei einen richterlichen Eid aufzuerlegen, nicht davon abhängig, daß zuvor alle angebotenen Beweismittel erschöpft seien; hiervon besteht auch keine Ausnahme bezüglich solcher Behauptungen, über welche der Eid zugeschoben ist. Gelangt das Gericht gemäß § 259 der C.P.O. zu der Auffassung, daß einer Partei ein richterlicher Eid anzuvertrauen sei und daß, wenn dieser geleistet werde, zugleich gewisse unter Eideszuschiebung aufgestellte Behauptungen der Gegenpartei als unwahr anzusehen seien, so ist es durch diese Eideszuschiebungen nicht gehindert, allein auf den richterlichen Eid zu erkennen. (Gruchot's Beiträge, Bd. 39 S. 148 flg.) R.G. Urth. v. 18. März 1897. VI. 358/96.

3. Die Beschwerde ist gegen einen Beschluß gerichtet, durch welchen das O.L.G. im Gegensatz zum Beschlusse des L.G.'s und zur vorhergegangenen Entscheidung des Gerichtsschreibers desselben, diesen Gerichtsschreiber angewiesen hat, den Klägerinnen das Rechtskraftzeugniß zum Urtheile vom 15. 4. 1896 auszustellen und auf deren weiteren Antrag auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger der Beklagten Entschließung zu fassen. Einer solchen Beschwerde fehlt es an einem gesetzlichen Beschwerdegrunde. Das O.L.G. hat im angefochtenen Beschlusse schon auf die in den Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 25 S. 390 flg. und Bd. 31 S. 411 flg. zu lesenden Ausführungen hingewiesen, wonach die gegen die im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne nothwendige vorgängige mündliche Verhandlung ergehenden Entscheidungen nach § 701 der C.P.O. zulässige sofortige Beschwerde nicht auch gegen solche Beschlüsse stattfindet, welche in dem nur zur Vorbereitung der Zwangsvollstreckung dienenden Verfahren erlassen werden, also insbesondere nicht gegen solche, welche die Ertheilung des Rechtskraftszeugnisses oder des Zeugnisses, daß innerhalb der Nothfrist keine Rechtsmittelschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht sei, verfügen, übrigens auch nicht gegen solche, welche die

*) Vergl. für das Sächs. Recht Sächs. Archiv, Bd. 6 S. 502 flg.

Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch den Gerichtsschreiber anordnen. Gegen dergleichen Beschlüsse giebt es eben überhaupt kein Rechtsmittel, da auch von einem neuen selbständigen Beschwerdegrunde im Sinne des § 531 Abs. 2 der C.P.O. erst dann die Rede sein kann, wenn vorliegt, daß nach § 530 daselbst überhaupt ein Beschwerdegrund gegeben ist, nun aber die allgemeine Bestimmung des § 530 eine Beschwerde nur gegen solche Entscheidungen zuläßt, die ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweisen, während keine Gesetzesvorschrift vorhanden ist, durch die eine Beschwerde gegen die hier fraglichen gewährenden Entscheidungen eingeführt wäre. Auch hierfür ist auf die Entscheidungen des R.G.'s in Civils., Bd. 31 S. 411 zu verweisen. Nach § 537 der C.P.O. mußte daher die Beschwerde als unzulässig verworfen werden. Bs. 8/97 v. 11. 2. 1897.

4. In Erwägung, daß der Kläger gegen den Beschluß des L.G.'s zu B. vom 30. Dezember 1896, durch welchen die vom Kläger an den Beklagten zu erstattenden Kosten festgesetzt waren, sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt hatte, die Kosten, wie liquidirt, nach dem Objekt von 1889 ℳ festzusetzen, daß vom Beschwerdegericht hiernach nur darüber zu entscheiden war, ob der angefochtene Beschluß begründet sei oder nicht, die Festsetzung des Werthes auf Grund des § 16 des G.K.G.'s aber zunächst von dem Prozeßgericht erster Instanz erfolgen muß, eine solche Festsetzung allerdings auch vom Gerichte der höheren Instanz im Laufe des Verfahrens von Amtswegen geändert werden kann, daraus aber nicht geschlossen werden darf, daß das Gericht der höheren Instanz die Kosten für die untere Instanz von vornherein selbständig festsetzen kann, im vorliegenden Falle aber ein Werthfestsetzungsbeschluß weder vom Amtsgericht noch vom Landgericht gefaßt war, — wird der Beschluß des O.L.G.'s vom . . . . ., durch welchen der Werth des Streitgegenstandes auf 1600—2100 ℳ festgesetzt ist, aufgehoben." Bs. VI 15/97 v. 11. 2. 1897.

5. Der Beklagte hatte bei der in X. domizilirten Klägerin eine Maschine bestellt; Klägerin hat ihm die einzelnen Theile der Maschine nach seinem Wohnorte Y. übersendet und dort durch einen Monteur zusammensetzen lassen. Das Berufungsgericht nahm an, daß hier ein Platzgeschäft vorliege, die Anwendung des Art. 347 des H.G.B.'s also ausgeschlossen sei. Das R.G. war anderer Ansicht. „. . . Begründet ist diese Auffassung des Berufungsrichters damit, daß die Maschine nach dem Bahnhofe zu Y., dem Wohnorte des Beklagten zu übersenden gewesen und dort auch die Uebergabe erfolgt sei. Die gedachte Gesetzesbestimmung hat aber nur zur Voraussetzung, daß behufs Erfüllung des Kaufvertrags durch die Mitwirkung eines Dritten die Waare aus der Verfügungsgewalt des Verkäufers in die des an einem anderen Orte wohnenden Käufers gebracht worden sei, Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 33 S. 25. Insonderheit ändert es an dem Begriff der von dem Gesetz vorausgesetzten Distanzsendung nichts, daß der Verkäufer in dem betreffenden Falle an dem Wohnorte des

Käufers zu erfüllen hat. (Staub, § 5 zu Art. 347.) Ferner ist es auch bei einem Maschinenlieferungsvertrage, wie ein solcher hier in Frage steht, dem Vorliegen eines Distanzgeschäfts im Sinne der angezogenen Bestimmung nicht hinderlich, daß der Verkäufer auch die Aufstellung und Montage der Maschine übernommen hat, vergl. Entsch. des R.O.H.G.'s, Bd. 9 S. 219, Bd. 19 S. 1, Bolze, Bd. 17 Nr. 479 . ." VI 316/96 vom 11. 2. 1897.

6. „. . Die Klägerin hat zunächst allerdings einen dem Gesetz nicht entsprechenden Selbsthülfeverkauf vorgenommen, sie hat dadurch aber weder das Recht verloren, Erfüllung des Vertrages zu verlangen, noch bei Fortdauer des Annahmeverzuges des Beklagten die Befugniß, den Selbsthülfeverkauf in gesetzmäßiger Weise zu wiederholen. Nur in dem Falle, daß die Klägerin in der Absicht, durch Wahl eines dem Beklagten ungünstigen Zeitpunktes für den Verkauf diesen zu schädigen, den neuen Selbsthülfeverkauf verzögert hätte, könnte, wie das vom Berufungsgericht angezogene Urtheil des R.G.'s, Bd. 32 S. 61 flg. ausführt, dem Beklagten eine Einrede mit der Wirkung zugestanden werden, daß der Selbsthilfeverkauf nicht gegen ihn geltend gemacht werden kann. Der Ansicht des O.L.G.'s, daß schon eine schuldhafte Verzögerung seitens des Verkäufers dem Käufer diese Einrede gewähre, kann nicht beigepflichtet werden. Der Verkäufer, welcher bei dem Selbsthülfeverkauf ein Versehen begangen hat und nunmehr bei fortdauerndem Annahmeverzug des Käufers einen neuen Verkauf vornimmt, beansprucht nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, eine Haftung des Käufers für das Verschulden des Verkäufers, sondern verbessert einfach einen gemachten Fehler. An der Ausführung dieser Verbesserung konnte der Beklagte die Klägerin hindern, wenn er sich zur Empfangnahme der Waare bereit erklärte, da dies aber nicht geschehen, so muß er den neuen Selbsthülfeverkauf gegen sich gelten lassen. . ." II 303/96 vom 29. 1. 1897.

7. Die Ansicht, daß der Art. 349 des H.G.B.'s nur bei Lieferung mangelhafter, nicht bei Lieferung anderer Waare anwendbar sei, entspricht der konstanten Rechtsprechung des R.O.H.G.'s und des R.G.'s (Entsch. des R.O.H.G.'s, Bd. 14 S. 371, Bd. 24 S. 404, Entsch. des R.G.'s, Bd. 18 S. 55), von der mit Rücksicht auf die in dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs in Aussicht genommene abweichende Vorschrift abzugehen, kein Anlaß vorliegt. Dem Berufungsrichter ist auch darin beizutreten, daß Saatgut eine andere Gattung ist als Backgut und daß, wenn Saatgut Gegenstand des Vertrags war, eine Waare, die kein Saatgut ist, im Sinne der Art. 347, 349 überhaupt nicht die zu liefernde Waare ist. Urth. v. 9. 1. 1897. I 285/96.

8. Zulässig ist die Revision. Der Werth des Beschwerdegegenstandes beträgt mehr als 1500 ℳ § 508 der C.P.O. Denn der Indossatar X. hat den Wechsel über 1500 ℳ durch Zahlung der Wechselregreßsumme von 1516 ℳ 30 ₰ von seinem Nachmanne eingelöst und diese Wechselregreßsumme nebst eigener Provision und eigenen Kosten gegen die Klägerin als Ausstellerin eingeklagt.

Die in der Wechselregreßsumme enthaltenen Zinsen, Provision und Protestkosten sind bei dieser Sachlage nicht Nebenforderungen im Sinne des § 4 der C.P.O., sondern stellen sich mit der Wechselsumme zusammen als einheitliche Forderung dar. Art. 51, 53 der W.O., Entsch. des R.G. in Civils., Bd. 32 S. 75. I 328/96 vom 10. 2. 1897.*)

9. Zur ordnungsmäßigen Protesterhebung ist keineswegs erforderlich, daß der zur Zahlung präsentirte Wechsel bereits die Quittung des Wechselgläubigers trage. Wenn auch der Wechselschuldner nach Art. 36 der W.O. berechtigt ist, die Zahlung davon abhängig zu machen, daß ihm Zug um Zug der quittirte Wechsel ausgehändigt werde und wenn es auch vielfach üblich ist, daß der Wechselgläubiger in Erwartung der Zahlung die Quittung im Voraus ausschreibt und dies dazu benutzt, um den Ueberbringer zur Empfangnahme der Zahlung zu legitimiren (H.G.B. Art. 296), so folgt doch daraus in keiner Weise, daß der Protestakt davon abhängig ist, daß der protestirende Beamte in der Lage sei, den quittirten Wechsel auszuhändigen. Zu seiner Legitimirung ist die Ueberbringung der Quittung nicht erforderlich, zur Präsentationshandlung (W.O. Art. 88 Ziff. 3) genügt es, wenn er den Wechsel vorlegt. Urth. v. 30. 12. 96. I 382/96.

10. Die Annahme, daß ein „reines" Erfüllungsgeschäft, d. h. ein solches Geschäft, durch welches der Gläubiger gerade (nur) dasjenige erhält, was er zu fordern hat, nicht vorliege, ist seitens der Revision nicht beanstandet und läßt sich auch nicht beanstanden. Allein bei der Frage, ob die in § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes aufgestellte Vermuthung Platz greife, oder durch den Erfüllungscharakter der angefochtenen Rechtshandlung als widerlegt anzusehen sei, kommen nicht bloß solche reine Erfüllungsgeschäfte in Betracht, sondern Erfüllungsgeschäfte überhaupt, d. h. solche Geschäfte, wodurch der Schuldner, um eine ihm obliegende Verpflichtung zu tilgen, dem Gläubiger im Einverständnisse mit diesem eine Leistung macht, durch welche nach der Absicht beider Theile die bestehende Verpflichtung getilgt werden soll, so vor Allem die Angabe an Zahlungsstatt, vorausgesetzt nur, daß die zu tilgende Verpflichtung vor Beginn des kritischen Jahres (§ 3 Nr. 2) begründet worden ist (Entsch des R.G.'s in Civilsachen, Bd. 26 S. 4, 27 S. 135). VI 306/96 vom 4. 2. 1897.

11. Der Kläger hatte für die von ihm fabricirten Waaren (Liköre, Essenzen) im April 1880 in das Zeichenregister des A.G.'s I in Berlin einen stehenden Elefanten als Waarenzeichen eintragen lassen und es ist dieses Zeichen auch im Dezember 1894 in die Zeichenrolle des Patentamts eingetragen worden. Der Beklagte betrieb in Berlin in einem in seinem eigenen Grundstück befindlichen, 1888 sowie in zwei von ihm ermietheten Läden den Spirituosenhandel und ließ über dem Ladenschild der beiden ermietheten Läden, sowie 1892 an der Ecke seines

*) Vergl. Sächs. Archiv, Bd. 7 S. 96 flg.

eigenen Hauses die Figur eines Elefanten anbringen; die Figuren waren dem Waarenzeichen des Klägers sehr ähnlich. Dieser klagte deshalb auf Entfernung der Figuren und Unterlassung der Anbringung des Zeichens an der Außenseite der Geschäftslokale, auf Ladenschildern 2c. Der Beklagte wurde in allen Instanzen verurtheilt, das R.G. sprach dabei aus: § 12 des Gesetzes vom 12. 5. 1894 verleihe den Schutz des eingetragenen Waarenzeichens dem Eingetragenen nach Wortlaut, Grund und Zweck des Gesetzes für Vorrichtungen und Veranstaltungen aller Art, welche durch die Anbringung des Waarenzeichens geeignet seien, den täuschenden Schein zu erwecken, daß derjenige, der das Zeichen angebracht habe, befugt sei, das Zeichen als Waarenzeichen für seine Waaren zu gebrauchen. Es könne keinem Zweifel unterliegen, daß dieser Schutz auch gegenüber der Anbringung des Zeichens auf Laden- und Geschäftsschildern Platz greife, es sei dies bei der Berathung des Gesetzes betont und im Gesetz selbst in den Worten des § 12 „und dergleichen" zum Ausdruck gebracht worden. Urth. vom 20. 1. 1897. I 304/96.

Literatur.

Besprechungen.

Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung durch den Entwurf eines Gesetzes über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen. Von Dr. E. v. Schrutka-Rechtenstamm, ord. Prof. des Rechtes an der Universität Wien. Sonderabdruck aus der Zeitschr. f. Notariat u. freiw. Gerichtsbarkeit in Oesterreich, 1893/94. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1894.

Obwohl der von dem Sektionschef Prof. Dr. Klein nebst Entwürfen der Civilprozeßordnung und des Gesetzes über das Executions- und Sicherungsverfahren verfaßte Entwurf der sogenannten Jurisdiktionsnorm (Gerichtsverfassungsgesetz) inzwischen durch die am 1. August 1895 erfolgte Promulgation mit verhältnißmäßig geringen Aenderungen zum Gesetz erhoben worden ist, so ist doch das vorliegende Buch wegen seiner anschaulichen Darstellung der Rechtsentwicklung und der am Entwurf geübten maßvollen Kritik auch heute noch lesenswerth. Wenige Bemerkungen seien gestattet.

Der Wunsch des Verfassers, die kaum noch mehr als einen Namensunterschied bedeutende Eintheilung der Gerichtshöfe erster Instanz in Landes- und Kreisgerichte aufzugeben, hätte wohl Berücksichtigung verdient. Dagegen ist sein Vorschlag, den Handelsgerichten und bergrechtlichen Senaten nur einen einzigen Laien mit bloß berathender Stimme beizugeben, mit Recht unbefolgt geblieben, wir befürchten sogar von der im Gesetz wie im Entwurf beliebten Zusammensetzung dieser Gerichte aus zwei Fachrichtern und einem Laienrichter die allmähliche Verdrängung des Laienelements aus der Civilrechtspflege.

Dem Gerichtsstande des Vertrags ist im Gesetz, zum Theil nach den Vorschlägen des Verfassers, nur beschränkter Spielraum gestattet worden, da man die Uebelstände vermeiden wollte, die sich seither aus der Vermengung der meritorischen Verhandlung mit der die Competenz betreffenden Vorfrage ergeben haben; diesen Uebelständen beugt indessen die Civilprozeßordnung in so wirksamer Weise vor, daß wohl unbedenklich die entsprechenden Bestimmungen der deutschen Civilprozeßordnung hätten aufgenommen werden können, zumal da ein auf das einfache Bestreiten des Hauptanspruchs gestützter Einwand der Unzuständigkeit wenigstens nach einheimischem Gerichtsgebrauch der Entscheidung der Sache selbst nicht im Wege steht.

Landgerichtsdirektor Fuchs, Leipzig.

Abhandlungen.

Leben und Tod im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von Reichsgerichtsrath Dr. Rehbein.

(Nach seinem am 24. April 1897 in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig gehaltenen Vortrage.)

Leben und Tod sind für jedes Recht nicht bloß Vorgänge der Außenwelt, sondern juristische Thatsachen, und es erscheint nützlich, den Faden zu verfolgen, den diese Thatsachen durch das B.G.B. ziehen.[1])

Das B.G.B. eröffnet seine Vorschriften in § 1 mit dem Rechtssatz: die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt. Das ist ein kurzer Satz mit weitem Felde. Er besagt: der lebendige Mensch ist rechtsfähig, der Mensch ist nicht rechtsfähig vor der Geburt. Die Rechtsfähigkeit hört mit dem Tode auf.

Der lebendige Mensch ist rechtsfähig. Das Gesetz sagt nicht: der Deutsche ist rechtsfähig, auch nicht: jeder Mensch ist rechtsfähig. Und doch ist der § 1 in dem letztern Sinne zu nehmen. Das Sächs. B.G.B. sagt in § 30 ausdrücklich: Jeder Mensch ist rechtsfähig, und schließt daran im § 31 die Vorschrift: Sklaverei, Leibeigenschaft und die Ausübung einer sich darauf beziehenden Gewalt sind unstatthaft. Dies eröffnet den Ausblick in die Bedeutung der Frage, ob im § 1 der Mensch jeder Mensch ist. Das Preuß. A.L.R. sagt im § 196 II 5: Sklaverei wird in den Preuß. Landen nicht geduldet, und in § 197: Kein Preuß. Unterthan kann und darf sich zur Sklaverei verpflichten. Viel zahmer lauteten die nachfolgenden §§ 198 flg., die einen weiteren Ausblick in die Bedeutung der Frage eröffnen. Danach verlieren Fremde bei vorübergehendem

---

[1]) Ich möchte anregen, in gleicher Weise andere Fäden aufzusuchen und zu verfolgen, z. B. die Bedeutung von Treu und Glauben, Verkehrssitte, bona und mala fides, von Ort und Zeit, des eigenen Handelns für fremde Rechtssphäre und fremden Handelns für eigene Rechtssphäre, die Haftung für fremdes und eigenes Verschulden und ohne Verschulden, das Unger'sche Handeln auf eigene und auf fremde Gefahr. Auf keine andere Weise kann besser eine zusammenhängende Kenntniß des neuen Rechts und ein zusammenfassendes Urtheil über dasselbe gewonnen werden. Der Verf.

Aufenthalt in den Preuß. Landen ihr Eigenthumsrecht an Sklaven nicht. Die Polizei soll nur dafür sorgen, daß der Sklave nicht lebensgefährlich gemißhandelt wird. Bei dauerndem Aufenthalt geht das Eigenthum unter. Das Verhältniß des Sklaven zum Herrn verwandelt sich in ein Gesindedienst- oder Gutsunterthanverhältniß. Der Sklave muß das Kaufgeld, das der Herr für ihn bezahlt hat, abverdienen. Das Kind der Sklavin wird Pflegekind des Herrn. Damit hat das Preuß. Gesetz vom 9. März 1857 aufgeräumt. Es hebt die §§ 198 flg. auf und bestimmt, daß Sklaven in dem Augenblick frei werden, wo sie Preuß. Gebiet betreten, das Eigenthumsrecht des Herrn von diesem Zeitpunkt ab erlischt.

Es ist ausgeschlossen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch hinter diesem Standpunkt hat zurückstehen wollen oder können. Es scheint sich kaum der Mühe zu verlohnen, darüber ein Wort zu verlieren. Indessen ist doch Folgendes zu bemerken:

Der § 3 des Entwurfs I enthielt den Satz des § 1 des B.G.B.s mit dem Zusatz: und endigt mit dem Tode. Die Motive zu diesem Entwurf stehen nicht auf dem Standpunkte, daß der Mensch jeder Mensch bedeute. Sie verweisen auf die Grundsätze des internationalen Privatrechts, aber der Entwurf brachte von solchen nichts. Die Verweisung ist nicht unrichtig, aber unbefriedigend. Es giebt Rechtssätze, die das Gesetzbuch eines großen Volks aussprechen und nicht einer unfertigen Wissenschaft und einer unfertigen Praxis überlassen muß. Das Einf.-Ges. zum Bürgerlichen Gesetzbuch enthält Bestimmungen über das internationale Privatrecht. (Art. 7 flg.) Aber es ist bemerkenswerth, daß sie bezüglich der Rechtsfähigkeit der natürlichen Person nichts enthalten. Unzweifelhaft macht aber der § 138 des B.G.B.'s, daß Sklaverei durch Rechtsgeschäfte weder im Inlande noch mit Wirkung für das Inland im Auslande begründet werden kann, und nach Art. 30 des Einf.-Ges., und da das Bürgerliche Gesetzbuch Eigenthum an Menschen nicht kennt, kann es keinem Bedenken unterliegen, daß im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegt, was die §§ 30, 31 des Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Preuß. Ges. v. 9. März 1857 ausdrücklich aussprechen. Daß es im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausgesprochen, hängt mit der auch sonst hervortretenden Scheu zusammen, sei es mit dem öffentlichen Recht in Konflikt zu kommen, sei es, offen Farbe zu bekennen, einer Scheu, die, wenigstens aus den Motiven heraus, zu der unschönen und unleidlichen Kontroverse führen kann, ob die Ehefrau und das eheliche Kind den adligen Familiennamen des Mannes und Vaters erwerben, und schon zu der Kontroverse geführt hat, ob das Adoptivkind trotz der ganz unzweideutigen §§ 1757, 1758 des B.G.B.'s den adligen Familiennamen der Adoptiveltern erlangt, eine Kontroverse, die ganz werthlos ist, nachdem das öffentliche Recht keinen Anstand genommen hat, dem ehrlosen Zuchthäusler den adlichen Namen zu belassen.

Der lebendige Mensch ist rechtsfähig. Lebensfähigkeit fordert das

Bürgerliche Gesetzbuch abweichend vom Code civil nicht. Rechtsfähig ist der Mensch nach Vollendung der Geburt, nicht vorher. Die Leibesfrucht ist nicht rechtsfähig. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keinen allgemeinen Satz, wie den der Quellen: ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura reservarent, — partus pro jam nato habetur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, ein Satz, der mehr oder minder wörtlich in § 12 I 1 A.L.R. und in § 32 des Sächs. B.G.B.'s wiederkehrt. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch entschlägt sich nicht der Fürsorge für den ungeborenen Menschen, für den auch das Str.G.B. und die Strafprozeßordnung (§ 485 Abs. 2) sorgt. Die Leibesfrucht erhält einen Pfleger zur Wahrung künftiger Rechte, soweit eine Fürsorge erforderlich ist, §§ 1912, 1918, wer den tödet, der für den Fall der Geburt ihr gegenüber unterhaltspflichtig, ist nach der Geburt auch ihr gegenüber ersatzpflichtig, § 844 Abs. 2, Art. 42 Einf.-Ges., schon vor der Geburt kann die Mutter des unehelichen Kindes Festsetzung und Hinterlegung der Alimente für die ersten drei Monate nach der Geburt fordern, § 1716, und die bedürftige Mutter des empfangenen, noch nicht geborenen Erben erhält aus dem künftigen Erbtheil bis zur Entbindung standesgemäßen Unterhalt, § 1963, § 2141, eine humane und anmuthende Vorschrift. Nur der Lebende erbt, aber wer zur Zeit des Erbfalls erzeugt, gilt, wenn er geboren, als zur Zeit des Erbfalls geboren, und die Erbauseinandersetzung wird ausgesetzt, bis sich sein Schicksal entscheidet §§ 1928, 2043, Art. 725 Code civil. Daraus ist der allgemeine Rechtssatz abzuleiten.: Der Geborene hat das Recht, das er gehabt haben würde, wenn er zur Zeit der Erzeugung geboren wäre. Art. 906 Code civil.

Daß die Rechtsfähigkeit mit dem Tode endet, sagte der § 3 des Entwurfs I ausdrücklich. Das ist später als selbstverständlich gestrichen und versteht sich von selbst, weil der Todte nicht Mensch ist. Die Rechtsfähigkeit endet aber auch nur mit dem Tode. Das Bürgerliche Gesetzbuch weiß nichts von dem schon längst auch an seiner Geburtsstätte verschwundenen bürgerlichen Tode. Es weiß auch nichts vom Klostertod, so wenig wie das Sächs. Bürgerliche Gesetzbuch und der Code civil. Im gemeinen Recht muß wohl als recipirt gelten der Satz des kannonischen Rechts, der die Rechtspersönlichkeit des Ordensgeistlichen auf das Kloster überträgt. Nach Preuß. Landrecht II. 11 §§ 1199 flg. gelten Mönche und Nonnen in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben, sie sind nicht weiter rechtsfähig, ihr Vermögen fällt ihren Erben zu. Alles dies muß als beseitigt gelten. Der Art. 87 des Einf.-Ges. erhält nur die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, welche die Wirksamkeit von Schenkungen an Religiose und ihre Erbfähigkeit von staatlicher Genehmigung abhängig machen.

Der Todte erbt nicht, §§ 1912, 2160, und erwirbt auch sonst nicht. Schon früher ist entschieden, daß ein Wechsel nichtig, den Erben sich an Stelle des im Nachlaß vorgefundenen behufs Stundung der Schuld von dem Wechselschuldner an Order ihres Erblassers ausstellen lassen. Durch den Tod

erlöschen die Rechte, die an das Leben gebunden und entstehen die Rechte, die suspensiv durch den Tod bedingt. Es erlischt der Nießbrauch, §§ 1061, 1424, die väterliche Gewalt, § 1691, die Gütergemeinschaft, §§ 1482 flg., grundsätzlich die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters, § 727, H.G.B. § 123, die Communio, § 750, der Auftrag durch den Tod des Beauftragten, §§ 672, 673, die Unterhaltspflicht durch den Tod des Berechtigten und des Verpflichteten, § 1615, mit der Ausnahme in 1712, durch den Tod des Beschenkten das Recht zum Widerruf der Schenkung § 532. Durch den Tod entsteht das Recht in § 331, in § 569 das Recht der Kündigung von Miethe und Pacht für die Erben des Miethers und des Pächters, und für den Vermiether, sowie in § 605 das Recht der Rückforderung für den Leiher.

Der Tod eröffnet die Universalsuccession. Der Besitz geht auf die Erben über, § 857, eine Vorschrift, durch die hoffentlich für das Strafrecht eine leidige Kontroverse beseitigt werden wird, wenn sie mit weiser Beschränkung angewendet wird. Die Gesetze vom 11. Juni 1870 und 9. Juni 1876 betreffend das Urheberrecht knüpfen das Autorrecht an die Lebensdauer des Autors und dreißig Jahre nach seinem Tode. Zu erinnern ist an die zahlreichen Bestimmungen der Civilprozeßordnung und der Strafprozeßordnung über die Wirkung des Todes der Partei, des gesetzlichen Vertreters, des Anwalts, des Nebenklägers, des Privatklägers, des Verurtheilten vor der Rechtskraft des Urtheils.

Der Tod schlägt weite Wellen im Rechtsleben. Es erhellt aus alledem, wie bedeutsam die Thatsache von Leben und Tod ist. Grundsätzlich hat sie zu beweisen, wer daraus Rechte herleitete, auch den Zeitpunkt, wenn es darauf ankommt.

Der Beweis kann durch jedes zulässige Beweismittel geführt werden. An erster Stelle dienen jetzt dazu die Standesregister. Sie liefern nach dem Ges. v. 6 Nobr. 1875 vollen Beweis für die eingetragene Thatsache bis zum Beweise der Fälschung, der falschen Eintragung, der Unrichtigkeit der Anzeige. Die Eintragung der Geburt beweist die lebendige Geburt, bei Mehrgeburten auch den Zeitpunkt der Geburt, der genau eingetragen werden soll, ohnedies zu beweisen ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmung, wie das A.L.R. daß das Loos entscheiden soll, wenn der Zeitpunkt der Geburt nicht zu ermitteln. Beim Fehlen eines Beweises bleibt es dabei, daß keine Rechte entstehen, die davon abhängen, daß eine der Mehrgeburten vor der anderen erfolgt ist. Todgeburten werden nur in das Sterberegister eingetragen, aber dadurch wird nur der Tod bewiesen, nicht, daß das Kind nicht vorher gelebt hat, d. h. der Beweis des Lebens steht offen, ohne daß der Beweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung, der falschen Anzeige erforderlich. Aber das Bürgerliche Gesetzbuch stellt auch keine Vermuthung für das Leben auf, wie das Sächs. B.G.B. § 34, beschränkt aber auch die Beweisführung nicht, wie das alte deutsche Recht durch das Erforderniß des Beschreiens der vier Wände oder Augenaufschlag.

Aber wie ist es, wenn zwar fest steht, daß der Mensch gelebt hat, aber unsicher ist, ob er noch lebt oder todt ist? Das führt auf das wichtige und interessante Gebiet der Verschollenheit, Lebensvermuthung und Todesvermuthung, Todeserklärung. Ich muß mir versagen, auf die Geschichte dieser Lehre einzugehen. Ich beschränke mich auf den Versuch, den Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf diesem Gebiete so darzulegen, wie er sich nach meiner Auffassung gestaltet. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt drei Vermuthungen auf.

1. § 20 für den Fall, daß mehrere Personen in einer gemeinsamen Gefahr (Schiffbruch, Brand, Eisenbahnunfall, Unglück anderer Art) umgekommen sind. Es wird vermuthet, daß sie gleichzeitig gestorben, wenn die Reihenfolge des Todes nicht festzustellen ist. Die Folge ist, daß ohne den Beweis des Gegentheils, Rechte nicht entstehen, die von dem Ueberleben des Einen für den Anderen oder für Dritte abhängen. Das ist der Satz des A.L.R. I, 1, § 39, des Sächs. B.G.B.'s § 2009, das ihn allgemein für alle Fälle aufstellt, wo der Beweis nicht zu führen, welche von mehreren Personen zuerst verstorben. Das gemeine Recht und das französ. Recht modificiren die Präsumtion bekanntlich mit Rücksicht auf Alter, Geschlecht, Familienverhältnisse, Modificationen, die als unberechtigt mit Fug fortgelassen sind.

2. § 19 für den Fall der Verschollenheit. Das Gesetz vermuthet, daß der Verschollene lebt. Diese Lebensvermuthung fällt nur fort, a) im Allgemeinen, abgesehen von den Fällen der §§ 15, 16, 17, wenn der Zeitpunkt gekommen, in welchem er für tot erklärt werden kann, d. h. nach § 14, 18, nie vor dem 31. Lebensjahre, aber stets nach Ablauf von 10 Jahren vom Schlusse des letzten Jahres, in welchem nach den vorhandenen Nachrichten der Verschollene noch gelebt hat, nach Ablauf von 5 Jahren vom Schlusse desselben Jahres ab gerechnet, wenn der Verschollene das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, also nie vor dem vollendeten 70. Lebensjahre;

b) im Falle der Verschollene in Kriegsgefahr gewesen, § 15, mit dem Zeitpunkt des Friedensschlusses oder dem Schluß des Jahres, in dem der Krieg beendet ist;

c) im Falle der Verschollene in Seegefahr gewesen, mit dem Zeitpunkt des festgestellten oder vermutheten Unterganges des Schiffs;

d) im Falle der Verschollene in anderer Lebensgefahr gewesen, mit dem Zeitpunkt, in welchem das gefährliche Ereigniß stattgefunden hat. § 17.

Diese Vorschrift ist neues Recht. Sie gestaltet eine Lebensvermuthung, wie das A.L.R., das Sächs. Bürgerliche Gesetzbuch, aber doch in ganz anderer Weise. Sie beseitigt die Kontroverse des gem. Rechts und die Vorschrift des C. c. Art. 135, die jede Lebensvermuthung ausschließt. Sie ist von außerordentlich praktischer Bedeutung. Ich bemerke dazu:

So lange die Lebensvermuthung besteht, braucht das Leben des Verschollenen

nicht bewiesen zu werden und der Verschollene, d. h. der Mensch, von dem man nicht weiß, ob er lebt oder todt ist, obwohl nach den Umständen Nachricht über sein Leben vorliegen müßte, hat alle Rechte des Lebenden. Deshalb sorgt das Gesetz für ihn, wie für jeden Abwesenden, wenn es erforderlich. Nach § 1911 wird ihm für seine Vermögensangelegenheiten ein Pfleger bestellt, wenn er großjährig und keinen Bevollmächtigten oder Beauftragten hat, oder der Widerruf der Vollmacht erforderlich erscheint. Nach § 1773 erhält er einen **Vormund**, wenn er minderjährig und die elterliche Gewalt fehlt oder versagt und er noch keinen Vormund hat. Das Gesetz hilft nur einem Lebensbedürfniß auf, wenn es in § 1305 das Erforderniß des Ehekonsenses, des verschollenen Vaters oder der verschollenen Mutter fallen läßt und im § 1718 der Ehefrau des Verschollenen die Klage auf Aufhebung des ehemännlichen Nießbrauchs und der Verwaltung giebt. Vormund und Pfleger machen alle Vermögensrechte des Verschollenen geltend. Sie treten die angefallene Erbschaft für ihn an.

Die **Lebensvermuthung** fällt fort mit den angegebenen Zeitpunkten, aber die Todesvermuthung tritt nicht ein, sondern erst mit der Todeserklärung, d. h. mit dem Fortfall der Lebensvermuthung tritt die Beweispflicht für Leben und Tod ein. Aber man muß annehmen, daß im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs die **Lebensvermuthung überwiegt**. Deshalb wird man verlangen müssen, daß derjenige, der behauptet, daß die Lebensvermuthungen fortfallen und das Leben zu beweisen sei, die Thatsachen beweist, an die das Gesetz den Fortfall der Lebensvermuthung knüpft.

Wenn A. stirbt und drei Söhne hinterläßt, ein vierter 14 Jahre alt, 10 Jahre vor des Vaters Tode nach Amerika gegangen und verschollen, gilt dieser vierte als Miterbe und die Brüder können den Miterben nur beseitigen, wenn sie beweisen, daß er verstorben, bez. vor dem Tode des Vaters verstorben. Orth (Erzherzog Johann) ging zu Schiff, das er gekauft und versichert, und ist verschollen. Die Klage seines Bevollmächtigten auf Auszahlung der Versicherungssumme für das Schiff drang nach der Lebensvermuthung des Oesterr. Rechts durch, weil die Gesellschaft den Tod nicht beweisen konnte. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch würde der Bevollmächtigte das Leben des Orth beweisen müssen, sobald festgestellt, daß das Schiff, auf dem Orth sich befunden, untergegangen oder sein Untergang nach § 16 Abs. 2 zu vermuthen. Der Rechtsnachfolger des verschollenen Autors hat für seine negatorische Klage die Fortdauer des Autorrechts zu beweisen, aber auch ihm wird der Beweis durch die Lebensvermuthung des § 19 erleichtert werden.

3. §§ 13, 18. Nach § 13 kann nach Aufgebot und nie ohne Aufgebot, für todt erklärt werden, wer verschollen ist. Das Gesetz definirt den Begriff der Verschollenheit nicht, aber aus den §§ 14—17 folgt, daß ein bestimmter Zeitablauf nicht Begriffsmerkmal und Voraussetzung der Verschollenheit ist. Die Fristen der § 14 flg. setzen Verschollenheit voraus und bestimmen ihre Dauer.

Nach dem Begriff der Verschollenheit in der Anschauung des Lebens ist der Mensch von dem Zeitpunkt ab verschollen, in dem man keine Nachricht von Leben oder Tod hat, obwohl man sie haben könnte und müßte.

Wer auf seinem Gehöft unbemerkt in einen Brunnen stürzt und vermißt wird, ist von dem Tage ab verschollen, wo er zuletzt gesehen, wer vor seinem Gläubiger oder wegen Verbrechens flüchtet, oder eine Orientreise oder eine Reise um die Welt antritt, ganz gewiß nicht.

Auf die Voraussetzungen der Todeserklärung und das Verfahren, das nach dem Entwurfe zur Abänderung der Civilprozeßordnung in angemessener Weise neu geregelt werden soll, ist hier nicht einzugehen. Zu bemerken ist nur, daß das Gesetz scheidet die Verschollenheit ohne erkennbar vorangegangene Lebensgefahr, die Verschollenheit bei Kriegsgefahr, bei Seegefahr, bei Lebensgefahr. Das ist Alles nicht neues Recht, wenn auch die Fristen zum Theil gekürzt sind.

Das Todeserklärungsurtheil ist stets Ausschlußurtheil, das einem Rechtsmittel nicht unterliegt, nur der Anfechtungsklage. Es ergeht stets nach Beweisaufnahme über die behaupteten Thatsachen, verlangt stets Feststellung der Thatsachen, von denen das Gesetz die Todeserklärung abhängig gemacht, setzt stets die Ueberzeugung des Richters, daß der Verschollene nicht mehr lebt, die Feststellung eines bestimmten Todestages auf Grund der Ermittelungen eventuell des § 18 Abs. 2 voraus, und ist danach stets deklarativ, nicht konstitutiv. Das enthält gegenüber dem Preuß. Recht wie dem Bayr. Ausf.-Ges. v. 1879 Art. 118 einen bedeutsamen Fortschritt. Die widersinnige Bestimmung, daß der Tag der Rechtskraft des Urtheils als Todestag anzusehen, ist damit beseitigt.

Die Wirkung der Todeserklärung ist nach §§ 18, 19 die Vermuthung, daß der Verschollene in dem Zeitpunkt gestorben ist, welcher in dem die Todeserklärung aussprechendem Urtheile festgestellt ist, und bis dahin gelebt hat. Die Thatsache des Todes und des Lebens bis zu dem festgestellten Tage bedarf keines Beweises weiter.

Das Bürgerliche Gesetzbuch zieht daraus konsequent die Rechtsfolgen für alle Rechtsverhältnisse des Vermögens- und des Familienrechts. Die Todeserklärung steht dem natürlichen Tode gleich, bis die Vermuthung beseitigt ist.

Vormundschaft und Pflegschaft hören mit dem Erlaß des Urtheils auf, §§ 1921, 1884, das Amt des für todt erklärten Vormundes erlischt, § 1885. Mit dem festgestellten Todestage erlischt die elterliche Gewalt des für todt Erklärten, Verwaltung und Nießbrauch, die Gütergemeinschaft, §§ 1679, 1684, 1420, 1494. Nach §§ 23, 24 der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 erfolgt auf Grund der Todeserklärung die Löschung eines für die Lebenszeit oder ein bestimmtes Lebensalter eingetragenen Rechts. Rechte, die suspensiv durch den Tod bedingt, müssen mit der Todeserklärung zur Entstehung gelangen. Daß das Testament und die Erbfolge eröffnet wird, folgt direkt aus den §§ 2031, 2070.

In gleicher Weise muß die Todeserklärung des Miethers und des Pächters in den oben erwähnten Fällen wirken.

Von besonderem Interesse sind die Vorschriften über die Wirkung der Todeserklärung für die Ehe des Verschollenen. Die Ehe wird nicht, wie durch den natürlichen Tod aufgelöst. Aber der Ehegatte des Verschollenen ist berechtigt, nach der Todeserklärung eine neue Ehe einzugehen. Durch die Schließung dieser Ehe wird die alte Ehe aufgelöst, wenn der Verschollene noch lebt. Der zurückkehrende Verschollene hat kein Recht, die Ehe anzufechten. Nur die Ehegatten der neuen Ehe sind dazu binnen bestimmter kurzer Frist, nachdem sie Kenntniß von dem Leben des Verschollenen erhalten, berechtigt. Alles das fällt nur fort, wenn beide Gatten der neuen Ehe bei der Eheschließung wußten, daß der Verschollene noch lebte. Wenn auch nur Einer der Ehegatten in bona fide, bleibt die Ehe gültig und er allein zur Anfechtung berechtigt. §§ 1348, 1350.

Daraus kann eine für das Strafrecht bedeutsame Kontroverse entstehen. Sie ist von Hachenburg in seinen lesenswerthen Vorträgen zum Bürgerlichen Gesetzbuch angeregt.

Der § 171 des Str.G.B.'s straft wegen Bigamie den Ehegatten, der eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist, ebenso die unverheirathete Person, die mit einem Ehegatten, wissend, daß er verheirathet, eine Ehe eingeht. Der Thatbestand liegt gewiß vor, wenn die Gatten der neuen Ehe beide wissen, daß der Verschollene lebt. Aber es wird bezweifelt, ob es auch dann der Fall, wenn die neue Ehe gültig, weil der eine Gatte in bona fide ist. Nach dem Preuß. Landrecht war solche Ehe nicht gültig, auch nicht nach Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch und gemeinem Recht, und für den Code, der keine Todeserklärung kennt, kommt es nicht in Frage. Wird durch diese Aenderung des Bürgerlichen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch der strafrechtliche Thatbestand berührt? Die Frage soll nur aufgeworfen, nicht entschieden werden.*)

*) Diese Frage wurde — wie uns Landrichter Dr. Lobe hierüber berichtet — in der anschließenden Debatte noch näher erörtert und gab Anlaß überhaupt zur Betrachtung von Einwirkungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf andere Rechtsgebiete. Unter anderen wurde lebhaft besprochen, welchen Einfluß § 857 auf die Frage habe, ob Diebstahl oder Unterschlagung an Sachen der ruhenden Erbschaft anzunehmen sei. Herr Geheimer Hofrath Prof. Dr. Binding trat dafür ein, daß im ersterwähnten Falle St.G.B. § 171 nachweisbar anzuwenden sei, und daß die Fiction des Besitzübergangs nach B.G.B. § 857 für die strafrechtliche Beurtheilung nicht bindend sei. Er erinnerte hierbei an den Fall, daß ein Tourist auf einer Bergpartie tötlich verunglückt, ohne daß Jemand hiervon Kenntniß erhält, und daß seine Leiche später beraubt wird, bevor den Angehörigen der Tod auch nur bekannt geworden ist. Von anderer Seite wurde dagegen schlechtin die Möglichkeit einer Unterschlagung an Erbschaftsachen in Zukunft geleugnet. Herr Reichsgerichtsrath Dr. Bolze gab einen interessanten Fingerzeig dadurch, daß er darauf hinwies, wie die Sachen, die sich bei einem derart Verschollenen befinden, gleichsam als verlorene, darum in niemandes Besitz stehende, anzusehen seien.
Die Red.

Zahlreiche andere Fragen lassen sich an die Voraussetzungen der Todeserklärung, die Vorschriften über das Verfahren, die Wirkung der Anfechtung der Todeserklärung und der Rückkehr des Verschollenen knüpfen. Sie mögen einem anderen Vortrage überlassen bleiben.

Die Zweigniederlassung.

Von Rechtsanwalt Walther Schulze in Zittau.

Einleitung.

Kurze Zeit, nachdem die Konferenz in Nürnberg ihre Berathungen über das Handelsgesetzbuch geschlossen hatte [1]) und ehe dasselbe noch in sämmtlichen Staaten [2]) des ehemaligen deutschen Bundes „allgemeines Recht" [3]) geworden war, wurden die nachstehenden Worte geschrieben, welche wohl, da sie aus einer Zeit stammen, in der eine Grenzlinie zwischen älterem und neuerem Handelsrecht gezogen wurde, eine geeignete Stelle an der Spitze dieser Arbeit finden:

„Die Zweigniederlassung ist ein Institut, das weder im bisherigen gemeinen Rechte, noch meines Wissens in einem codifizirten Partikularrechte Deutschlands irgend welcher Durchbildung theilhaftig geworden ist, und daher auch der Wissenschaft bisher wenig Anlaß zur Beachtung gegeben hat. Das neue Handelsgesetzbuch enthält jedoch einige Bestimmungen über dasselbe, die es als ein eigenthümlich handelsrechtliches Institut voraussetzen und hinwiederum ihm eine bestimmtere faßbarere Gestalt verleihen." [4])

Wissenschaft und Praxis haben sich seit Emanation des Handelsgesetzbuchs im Anschluß an dessen Bestimmungen mehrfach mit dieser Rechtsbildung befaßt, ohne jedoch in allen Punkten zu übereinstimmenden Resultaten zu gelangen.

Auch die Gesetzgebung der neueren Zeit, wobei jedoch nur das Rechtsgebiet des norddeutschen Bundes und des deutschen Reiches ins Auge gefaßt wird, läßt eine Fortentwickelung des Rechts in der hier fraglichen Richtung erkennen. Hierbei haben einerseits verschiedene streitige Fragen des Privat-, Civilprozeß- und Konkurs-Rechts ihre gemeinrechtliche Lösung gefunden, andererseits sind aber auch

---

[1]) Am 12. März 1861; vergl. Lutz, Protokolle S. 5149 flg.

[2]) v. Hahn, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 3. Aufl. Bd. I Einleitung § 14. Thöl, Handelsrecht 6. Aufl. Bd. I § 19.

[3]) Windscheid, Pandekten, 7. Aufl. Bd. I § 1 Note 1. — Jetzt ist das Handelsgesetzbuch im deutschen Reich „gemeines Recht" vergl. hierzu v. Hahn a. a. O. Bd. I Einleitung § 15, Thöl a. a. O. Bd. I § 20.

[4]) Agricola in Siebenhaar's Archiv für deutsches Wechsel- und Handelsrecht 1863 Bd. XII S. 279.

Neuerungen geschaffen worden, welche mit den vorher geltenden Grundsätzen in Widerspruch stehen, aber doch als aus den Bedürfnissen des in fortwährender Bewegung begriffenen Verkehrslebens erwachsen, ihre Berechtigung haben.

Im Zusammenhang mit dem 1896 in Nr. 21 des Reichsgesetzblattes bekannt gemachten bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich soll nun auch eine Revision des Handelsgesetzbuchs eintreten, welche wie die dem Entwurfe I beigegebene Denkschrift[5]) S. 3 ausführt, die Aufgabe hat „einerseits die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs mit dem Inhalte des bürgerlichen Gesetzbuchs in Einklang zu bringen, andrerseits diejenigen Aenderungen und Ergänzungen des Handelsgesetzbuchs vorzunehmen, welche sich nach den Erfahrungen in dem Zeitraum von über dreißig Jahren, der seit dem Zustandekommen des Gesetzbuchs verstrichen ist, als wünschenswerth gezeigt haben".

Erster Theil. **Das Recht der Gegenwart.**

I.

Um eine Grundlage für das Folgende zu gewinnen, erscheinen einige Vorbemerkungen geboten.

Der Ausdruck „Hauptniederlassung" wurde von der Nürnberger Konferenz beanstandet, weil „der Begriff der Hauptniederlassung zu unbestimmt sei, als daß man sich desselben füglich im Gesetz bedienen könnte;" — Protokolle S. 171, 284. — gleichwohl ist dieser Ausdruck, wenn auch nur vereinzelt, in das Handelsgesetzbuch[6]) Art. 21 übergegangen, wogegen Art. 19 von der „Handelsniederlassung" des Einzelkaufmanns, Art. 86, 151, 176, 210 vom „Sitze" der Handelsgesellschaften sprechen.

Artikel 22 aber redet von der Erwerbung eines „bestehenden Handelsgeschäfts" durch Vertrag oder Erbgang. Obwohl auch von einem Mitgliede der Konferenz beanstandet — Protokolle S. 920 — ist dieser Ausdruck doch beibehalten worden, weil er „für das, was er hier sagen wolle, der allgemein gebräuchliche, der Ausdruck Handelsniederlassung aber in dem hier fraglichen Sinne ganz ungewöhnlich sei."

Inwieweit dieser Artiel in der vorliegenden Arbeit Bedeutung hat, ist später zu erörtern.

Die Konferenz hatte in erster Lesung bei Berathung des Art. 92 des preuß. Entwurfs — Protokolle S. 171 — beschlossen, der Redaktionskommission anheim

[5]) Aufgestellt im Reichs-Justizamt. Amtliche Ausgabe Berlin J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, 1896. Demnächst ist weiter erschienen Entwurf II eines Handelsgesetzbuchs nebst dem Entwurf eines Einführungsgesetzes und einer Denkschrift. Berlin. Karl Heymann's Verlag 1897. Die Entwürfe werden hier der Kürze halber mit I und II bezeichnet Die oben im Texte erwähnte Stelle der Denkschrift stimmt mit den entsprechenden in der zu Entwurf II gehörigen Denkschrift S. 89 wörtlich überein.

[6]) Da, wo die Novellen zum Handelsgesetzbuch vom 11. Juni 1870 und vom 18. Juli 1884 einschlagen, wird dies besonders hervorgehoben werden.

zu geben, statt „Hauptniederlassung“ zu setzen: „Handelsniederlassung“, während die Konferenz dann bei Beratung des Art. 90 jenes Entwurfs sich dafür entschied, dort statt „Hauptniederlassung“ zu setzen: „Niederlassung“ — Protokolle S. 284 —.

Also „Niederlassung“ schlechthin. Bei dieser Fassung war der Gesichtspunkt maßgebend, daß eine Gesellschaft in der Regel nur eine Niederlassung habe.

Die Redaktionsentwürfe nach der ersten und zweiten Lesung reden denn auch von der „Niederlassung der Gesellschaften.[7])

Die Frage ist vornehmlich bei Berathung der die Gesellschaften betreffenden Artikel ventilirt worden.

Art. 21 des preußischen Entwurfs verlangt vom Kaufmann die Anmeldung der Firma bei dem Handelsgerichte „des Bezirks“, der Entwurf nach der ersten Lesung in Art. 21 bei dem Handelsgerichte „des Orts“, der Entwurf nach der zweiten Lesung in Art. 18 bei dem Handelsgerichte, „in dessen Bezirk seine Handelsniederlassung“ sich befindet — vergl. auch Protokolle S. 918. —

Wer das Handelsgesetzbuch liest, wird den Eindruck gewinnen, daß in ihm mit „Handelsniederlassung“ Art. 19 und „Sitz“ Art. 86, 151, 176, 210, dasselbe, nämlich die „Hauptniederlassung“ gemeint ist.

Das Gesetz hat es vermieden eine Bestimmung dieser Begriffe aufzustellen, es vielmehr der Praxis und Theorie überlassen, sich hierüber auszusprechen, was auch oft geschehen ist.

Auf die mehr oder weniger spezielle Ausführung kann hier etwas nicht ankommen: genug, Uebereinstimmung herrscht darin, daß die Niederlassung des Kaufmanns sich dort befindet, wo „er Handelsgeschäfte (Geschäfte) betreibt und die zu deren Betriebe erforderliche, bleibende Einrichtung hat“.[8])

Nur Vollkaufleute können eine Firma führen.

Schon diese Andeutung wird genügen, um erkennen zu lassen, daß, wenn von „Hauptniederlassung“ gesprochen wird, dabei die Minderkaufleute des Art. 10 des Handelsgesetzbuchs außer Betracht gelassen sind, denn für sie gelten die Vorschriften des Gesetzes über Firmen nicht; ebensowenig die über die Führung von Handelsbüchern und die Bestellung von Prokuristen.

Hier ist darauf hinzuweisen, daß die Aktien- und Kommandit-Gesellschaften

---

[7]) Lutz, Protokolle, Vorrede S. V und S. 1465. Beilagenband I. Theil S. 141 flg., S. 207 flg.

[8]) K. S. Justizministerialverordnung vom 21. Februar 1862, Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXII S. 184, auszugsweise Busch Archiv für Theorie und Praxis des Handelsrechts Bd. I S. 167 flg. s. das. auch S. 396. — Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XVII S. 315. Thöl, a. a. O. Bd. I § 51. — v. Völderndorff, in Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. I S. 181 flg. Die Kommentare zum Handelsgesetzbuch v. Anschütz, v. Völderndorff, Bd. I S. 164; v. Hahn, Bd. I S. 96; Puchelt-Förtsch 4. Aufl. S. 60,[4]; Staub, 2. Aufl. S. 33 zu Art. 19,[2]; Makower 10. Aufl. zu Art. 19 N. 12; Gareis-Fuchsberger S. 68 N. 141.

auf Aktien seit der Novelle vom 11. Juni 1870 auch dann Handelsgesellschaften sind, wenn der Gegenstand ihres Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht — Novelle: Art. 174 Abs. 1, 208 Abs. 1 — was zur Folge hat, daß diese Gesellschaften jetzt stets unter die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs fallen.

Von Hahn weist darauf hin, daß man bei diesen Gesellschaften nicht vom Handelsbetriebe, sondern vom Geschäftsbetriebe reden müsse. Die Geschäfte derselben sind unter den Voraussetzungen der Art. 273 und 272 Abs. 2 Handelsgeschäfte.[9])

Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen des Gesetzes gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften. Novelle: Art. 5. Ferner ist durch das Reichsgesetz vom 20. April 1892 der Kreis wiederum erweitert worden, denn hiernach können Gesellschaften mit beschränkter Haftung nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden — § 1 — und diese Gesellschaften gelten — ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens — als Handelsgesellschaften im Sinne des Handelsgesetzbuchs — § 13 Abs. 3 —. Endlich ist noch hervorzuheben, daß Genossenschaften nach § 17 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs gelten, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält, eine Bestimmung, welche der in § 11 Abs. 3 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 entspricht.

Daß die Niederlassung des Einzelkaufmanns sich mit seinem Wohnsitze nicht nothwendig an demselben Orte[10]) zu befinden brauche, ist allgemein anerkannt.

Hinsichtlich der Handelsgesellschaften ist jedoch davon auszugehen, daß der Handels(Geschäfts)betrieb ihr Leben und Wirken erschöpft: ihre Niederlassung ist daher zugleich ihr Wohnsitz.

Der Einzelkaufmann muß den Vorschriften betreffs der Anmeldung zum Handelsregister bei dem zuständigen Gericht, in dessen Bezirk er seine Niederlassung hat, genügen. H.G.B. Art. 19.

Hier hat er auch jedenfalls den Gerichtsstand der Niederlassung. C.P.O. § 22.

Die Handelsgesellschaft dagegen hat ihren allgemeinen Gerichtsstand bei dem zuständigen Gericht, in dessen Bezirke sich ihr Sitz befindet — das Klagedomizil, Protokolle S. 4660 — und hat auch da die Anmeldung zum Handelsregister zu bewirken. H.G.B. Art. 86, 111, 151, 164, 176, 210, 213. Die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs darüber, daß der allgemeine Gerichtsstand der Handelsgesellschaften durch ihren Sitz bestimmt wird, sind durch § 13 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung ausdrücklich aufrecht erhalten und

[9]) v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 26 Note 4, S. 597; Staub a. a. O. S. 10.

[10]) Betreffs der Vollkaufleute, welche ihr Geschäft im Umherziehen betreiben, entscheidet der Wohnsitz. v. Hahn a. a. O. Bd. I. S. 97; Puchelt-Förtsch a. a. O. Bd. I S. 60,[4]; Staub a. a. O. S. 38.

§ 19 Abs. 1 der letzteren erklärt den Sitz bei der Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes für maßgebend. Auch die Novelle zum Handelsgesetzbuch vom 18. Juli 1884 hat diesen Standpunkt nicht verlassen. Der Sitz kann aber niemals an einem anderen Orte sein, als wo die Verwaltung geführt wird. In dem Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 § 17 ist die Bestimmung des § 11 Abs. 2 des Gesetzes vom 4. Juli 1868 eben mit Rücksicht auf die inzwischen durch § 19 der C.P.O. erfolgte Regelung des allgemeinen Gerichtsstandes nicht wiederholt worden.[11])

Im Uebrigen vergl. § 4 des Gesetzes von 1868 und § 10 des Gesetzes von 1889, hinsichtlich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung aber das Reichsgesetz vom 20. April 1892 § 7.

II.

§ 1. Terminologie.

Der Nürnberger Konferenz wurden bei Beginn ihrer Berathungen drei Entwürfe eines Handelsgesetzbuchs, einer von Preußen und zwei von Oesterreich, der ministerielle und der revidirte, oder wie auch gesagt werden kann, einer von Oesterreich in zwei Redaktionen vorgelegt.[12])

Die Konferenz beschloß, den preußischen Entwurf zum Leitfaden ihrer Berathungen zu nehmen, dabei aber dem österreichischen Entwurf stets volle Berücksichtigung zuzuwenden, Protokolle S. 6.

---

[11]) Ausgabe von Hoffmann S. 44. — An die Entstehungsgeschichte und die Auslegung von C.P.O. § 19, sowie das Verhältniß seines ersten zum dritten Absatz, namentlich an die Auffassung der Worte: „als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt“ haben sich Zweifel geknüpft; hier genügt es, in dieser Weise darauf hinzuweisen. Besonders zu bemerken ist nur noch, daß gemäß Abs. 3 a. a. O. neben dem durch den Sitz bestimmten allgemeinen Gerichtsstand des Abs. 1, ein zweiter allgemeiner Gerichtsstand festgesetzt werden kann. Vergl. übrigens noch unten § 3 und § 4 B.

Agricola a. a. O. S. 310 bis 312; Busch Archiv Bd. I S. 417; die Kommentare zum Handelsgesetzbuch Anschütz-v. Völderndorff Bd. I S. 165 N. 16, Bd. II S. 85[I] a. E., S. 350 Anm. zu Art. 152, S. 482[II]; v. Hahn Bd. I S. 318, 553, 611, 667; Puchelt-Förtsch Bd. I S. 184[2], 333[1], 381[7], 523[7]; Makower S. 117 Nr. 39, S. 168 Nr. 20, S. 221 Nr. 51; Staub S. 130, 340, 383; Gareis-Fuchsberger S. 240 Nr. 107, S. 397 Nr. 144, S. 424 Nr. 208; v. Völderndorff in Endemann Handbuch Bd. I S. 188 flg., dessen Kommentar zur Aktiennovelle v. 18. Juli 1884 S. 95, 294; Derselbe in Wenglers Archiv Neue Folge 1890 S. 742. Entwurf der C.P.O. § 19 und Motive, Kortkampf'sche Ausgabe S. 335, 411. Die Kommentare zur C.P.O. Puchelt Bd. I S. 144 flg.; v. Sarwey zu § 19 Nr. 7; Gaupp, 2. Aufl. Bd. I S. 46 flg.; v. Wilmowski-Levy 7. Aufl. Bd. I S. 48 flg.; Förtsch, Kommentar zum Reichsgesetz v. 20. April 1892 S. 16; Ring, Kommentar zum Reichsgesetz v. 18. Juli 1884 2. Aufl S. 185[9] 284[1].

[12]) Lutz, Protokolle S. 3, S. 162 Anmerkung; v. Hahn, a. a. O. Bd. I Einleitung § 8.

Die Terminologie dieser drei Entwürfe ist nun, soweit sie für die vorliegende Frage von Interesse ist, verschieden; hierbei stehen die beiden österreichischen Entwürfe auf der einen, der preußische Entwurf auf der anderen Seite.[13])

Die Konferenz hat in allen drei Lesungen an dem Ausdruck „Zweigniederlassung", wie er in Art. 23 des ersten und Art. 20 des zweiten Entwurf der Redaktionskommission wiederkehrt, dann aber schließlich in Art. 21, 86, 152, 212 des H.G.B.'s übergegangen ist, keinen Anstoß genommen, wie dies hinsichtlich des Ausdrucks „Hauptniederlassung" geschehen ist.

Daß freilich der Terminus des preußischen Entwurfs ursprünglich nicht als solcher bei der Konferenz galt, geht aus der Bemerkung in den Protokollen S. 37 bei Diskussion des Art. 25 hervor, wo es heißt:

„Die Beschlußfassung darüber, ob die Gläubiger der Hauptniederlassung oder die eines Nebenetablissements ein Recht auf Ausscheidung der Masse haben sollen" u. s. w.

Man nahm es also hier mit der Ausdrucksweise des zur Berathungsgrundlage gewählten preußischen Entwurfs nicht genau, berücksichtigte aber ebensowenig die der österreichischen Entwürfe.

Hiergegen kann man im weiteren Verlauf der Berathungen beobachten, wie sich der Ausdruck Zweigniederlassung einbürgert. Protokolle S. 284, 920, 4654 flg.

Im kaufmännischen Verkehr wird es mit dem Ausdruck nicht streng genommen, ja man kann sagen, daß der Terminus des Handelsgesetzbuchs ihm ungeläufiger ist.

Die Bezeichnungen „Filiale", „Kommandite", „Nebenetablissement", „Hülfsgeschäft" — Agricola a. a. O. S. 279 — gehen hier durcheinander in Fällen, wo thatsächlich eine Zweigniederlassung im Sinne des Handelsgesetzbuchs gemeint und vorhanden ist.

„Filiale" deutet auf Abstammung hin; jedoch damit, daß wir wissen, ein Geschäft stamme von einem anderen ab, ist noch wenig gewonnen.

„Kommandite"[14]) ist nach Treitschke von commander = befehlen ab-

---

[13]) a. d. § 13 des ministeriellen, § 16 des revidirten, Art. 25 des preußischen Entwurfs, Lutz, Protokolle, Beilagenband I. Theil.

[14]) von Völderndorff, Kommentar z. Reichsgesetz vom 18. Juli 1884, Einleitung S. 7 flg., namentlich S. 8 Anm. 2 u. 4, S. 10 Anm. 3 u. 4, sowie die Treitschke und Renaud betr. Citate— v. Völderndorff erinnert ferner S. 10 Anm. 7 daran, daß die Commende auch anderweit z. B. bei geistlichen Aemtern und insbesondere bei den Ritterorden vorkommen und hier gleichfalls eine Art von Zweigniederlassung bedeute. — Dasselbe gilt auch von Filiale. — Vgl. hierzu allenthalben die Ausführungen im Lehrbuch des Kirchenrechts von Richter, bearbeitet von Dove und Kahl 8. Aufl S. 468, 479, 615 flg., 822, 913, 1227, 1235, 1828, 1853, 1859. — Zur weiteren Illustration mag auch noch auf die dem Kirchenrecht angehörigen Rechtssprichwörter: „Filial gehört zu der Mutter, wie die Küchlein zur Henne," „das Filial gehört zu der Mutter," sowie „die Filialisten gehören der Mutter

zuleiten. Wäre diese Erklärung zutreffend, so enthielte sie ein für das Wesen der Zweigniederlassung, wie sie im Handelsgesetzbuche gedacht ist, wesentliches Moment, nämlich den Hinweis auf Abhängigkeit. Allein jene Auslegung ist im Hinblicke auf die geschichtlichen Erläuterungen, welche Renaud zu dem Worte „commandite“ gegeben hat, nicht anzuerkennen. Dieses bedeutet hiernach so viel wie depositum, wurde dann aber auch für andere Geschäfte, bei welchen Vermögenswerthe anvertraut wurden, gebraucht. Die Bezeichnung einer Zweigniederlassung im jetzigen Sinne des Wortes mit Kommandite, hat sonach nur dann Berechtigung, wenn die Zweigniederlassung durch einen vom Prinzipal bestellten Vertreter verwaltet wird, was aber nicht immer der Fall ist, da auch der Prinzipal dies selbst thun kann. Commendare bedeutet anvertrauen, wörtlich: in die Hand geben.

Unklar bleibt das Sachverhältniß auch bei Bezeichnungen wie: Hülfsgeschäft, Nebenetablissement, vielleicht nur, daß sie auf noch größere Bedeutungslosigkeit, als die vorhin erwähnten, schließen lassen.

Für ganz untergeordnete Theile eines Geschäftsganzen werden sie dann auch gebraucht, und es ist besser, ihre Anwendung hierauf zu beschränken.

Der Name ist allerdings nicht entscheidend, wie schon öfter hervorgehoben worden ist,[15]) immerhin hat die Praxis bei dem Vorhandensein gewisser Termini (Subdirektionen) auf das Vorhandensein eines Sachverhältnisses geschlossen, welche das Handelsgesetzbuch unter Zweigniederlassung begreift.

Nach dem, was über die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs voraus geschickt worden ist, kann es keinen begründeten Zweifel unterliegen, daß der Ausdruck Zweigniederlassung aus Art. 25 des preußischen Entwurfs stammt.[16])

Wer denkt nun, wenn er von Zweig hört, nicht an Abstammung, bei Niederlassung nicht an einen örtlichen Ruhepunkt? aber eine solche Erklärung ist sachlich nichtssagend.

Die Nürnberger Konferenz hat nicht ausdrücklich ausgesprochen, daß sie auf

---

todt und lebendig“ hingewiesen werden: Hillebrand, deutsche Rechtssprichwörter S. 246, welcher die charakteristische Erläuterung giebt: „Wenn eine Pfarrei zu groß erscheint, so pflegt ihr Sprengel getheilt zu werden. Geschieht dies, indem man noch eine zweite fundirt, so hat die ältere als Mutterkirche den Patronat und gewisse Ehrenvorrechte über das Filial (filia). Gewöhnlich ist übrigens die Trennung keine ganz vollständige, meist verbleiben der ersten Pfarrei einzelne Parochialrechte über den Filialsprengel. Denn dieser erlangt nur insoweit Selbstständigkeit, als es das Kirchenregiment ausdrücklich festsetzt.“ — S. ferner Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XII S. 42 flg. — Ring, a. a. O. S. 284,2 erwähnt auch die wohl wenig gebräuchliche Bezeichnung: Succursale (von succurrere) d. h. Hülfsgeschäft.

[15]) Agricola, a. a. O. S. 287; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. XIV S. 402.

[16]) Busch, Archiv Bd. I S. 267. — Das aus der Botanik entlehnte Bild vom Baum und seiner Verzweigung wird auch anderwärts verwendet: Der Stammbaum in der Genealogie, Chronologie und Heraldik. Der Ausdruck Zweiggeschäft ist übrigens dem englischen Handelsverkehr gleichfalls geläufig · branch-office — Ring, a. a. O. S. 284².

den Ausdruck „Zweigniederlassung" Gewicht lege, ebensowenig, wie zu ersehen ist, daß sie sich bewußt gewesen sei, daß dieser theilweise bildlich ist. Später wird aber noch hervorzuheben sein, daß die Erinnerung an die sprachliche Zusammensetzung des vom Gesetze gewählten Ausdrucks zur Erklärung des Sachverhältnisses beitragen kann.

§ 2. Allgemeine Grundsätze.

Die Möglichkeit, daß ein Kaufmann mehrere Etablissements haben und für diese verschiedene Firmen führen könne, ist von der Konferenz gerade bei Berathung des Art. 23 des Entwurfs der ersten Lesung, welcher dem Art. 25 des preußischen Entwurfs entspricht, hervorgehoben worden, Protokolle S. 920, und gilt nach dem Handelsgesetzbuch als unzweifelhaft.

Da die Firma der Name des Kaufmanns im Handels- (Geschäfts-) Verkehr ist, so hat derselbe Inhaber mehrerer verschiedener Firmen eben mehrere verschiedene kaufmännische Namen.

Inwieweit sich hieran besondere rechtliche Folgerungen knüpfen, ist an dieser Stelle nicht weiter zu prüfen [17]).

Hier kommt es vielmehr darauf an, das Verhältniß mehrerer Geschäfte eines Kaufmanns, welche er principiell unter nicht verschiedener Firma betreiben soll, festzustellen [18]).

Die Gleichheit der Firma gilt nämlich dann als Princip, wenn ein Kaufmann neben seiner Stammniederlassung eine Zweigniederlassung begründet.

Aber dieses Princip, welches den Gedanken, der die ganze Sachlage beherrscht, zum Ausdruck bringt, weicht doch zuweilen einem Princip, welches auf ganz anderen Grundlagen beruht. Hiervon jedoch später.

Was ist nun eine Zweigniederlassung?

Eine Definition ist hierfür im Gesetz ebensowenig wie für die Hauptniederlassung zu finden.

Die Protokolle schweigen hierüber.

Inzwischen sind wiederholt Versuche gemacht worden, eine kurz gefaßte Definition [19]) aufzustellen; eine Lösung des Problems ist jedoch hierin wohl nicht zu finden.

---

[17]) Vergl. jedoch unten §§ 6, 7. —

[18]) Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 63 flg.; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 102 flg.; Staub, a. a. O. S. 86; Makower, a. a. O. S. 32 Nr. 2b; Willenbücher, Handelsgesetzbuch S. 30 flg.; Agricola, a. a. O. S. 279 flg.; Rhenius, Die Zweigniederlassung nach deutschem Handelsrecht. Inaugural-Dissertation. 1875. Halle, Druck von Otto Handel; Brendel bei Rassow und Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, 1889 Bd. XXXIII S. 213 flg.; v. Völderndorff in Endemann, Handbuch Bd. I S. 188 flg. Hinsichtlich der Zweigniederlassung der Genossenschaften insbesondere Wolff daselbst S. 887 flg.

[19]) Agricola, a. a. S. 289: „Damit ist die Begriffsbestimmung der Zweigniederlassung erschöpft. Diese liegt also vor, wenn der Inhaber eines Handelsgewerbes solches ganz oder zum Theil außerhalb des Mittelpunktes seines Betriebes (Hauptniederlassung) je-

Auch die Beschreibung Keyßners in Busch, Archiv Bd. II S. 56, welcher das kaufmännische Geschäft mit einem Kreise vergleicht, innerhalb dessen die Zweigniederlassungen kleine nichtkoncentrische Kreise bilden, würde aus ihrem Zusammenhange herausgenommen, keine klare Vorstellung vom Sachstande ermöglichen, so viel Anschauliches sie sonst hat.

Die für das Handelsrecht so wichtigen Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, von denen hier besonders folgende einschlagen, Bd. XIV S. 401 flg., Bd. XV S. 174 flg., Bd. XVII S. 302 flg., Bd. XIX S. 202 flg. enthalten sich einer Definition, ein Verfahren, welches auch in anderen gerichtlichen Entscheidungen wiederholt beobachtet werden kann und nachahmenswerth erscheint.

Entgegen der casuistischen Fassung der oben erwähnten Begriffsbestimmungen erscheint es zweckmäßig[20]), die Sache principiell zu erfassen und Gewicht nur auf die Punkte zu legen, welche ohne Mißverständnisse hervorzurufen, kurz wiedergegeben werden können.

Diese lassen sich dahin formuliren:

1. Eine Zweigniederlassung ist nicht ohne eine Hauptniederlassung denkbar.
2. Eine Zweigniederlassung liegt stets an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde, als die Hauptniederlassung.

---

doch zur Förderung desselben noch von einem anderen Punkte aus regelmäßig unter derselben Firma dauernd und in der Weise betreibt, daß er auch von diesem aus mit Dritten Handelsgeschäfte schließt und realisirt". — Busch, Archiv Bd. I S. 146 „Hierin ist aber eben das Wesen des Zweighandelsetablissements zu finden. Denn dieses ist nach der Natur des Verhältnisses und nach den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs in Uebereinstimmung mit den bisherigen Annahmen der Theorie darein zu setzen, daß ein Kaufmann sein Handelsgewerbe in seinem ganzen Umfange oder wenigstens in einem Theile desselben als geschlossenen Komplex dauernd noch von einem anderen Orte, als seinem Wohnsitze aus durch einen Stellvertreter betreibt, so daß ein gesonderter Kreis von Handelsgeschäften jenen Platz zum dauernden örtlichen Mittelpunkt hat." — Busch, Archiv Bd. I S. 259 „der Kaufmann, der außer der Niederlassung, welche er an seinem Wohnorte besitze, und welcher er vorstehe, noch an einem anderen Orte ein Geschäft habe, so daß unmittelbar von diesem Orte aus dauernd und gewerbemäßig in seinem Namen durch einen dazu bestimmten Prokuristen oder Handelsbevollmächtigten Handelsgeschäfte geschlossen werden, habe auch an diesem Orte eine Niederlassung und zwar eine Zweigniederlassung. Für die Handelsgesellschaft gelte das Nämliche; eine außerhalb des Sitzes der Gesellschaft befindliche Handelsniederlassung heiße zum Unterschied vom Hauptetablissement ihre Zweigniederlassung." (Citat aus dem Centralorgan.) — Entscheidung des Kammergerichts bei Staub a. a. O. S. 36: „Eine Zweigniederlassung im Sinne dieses Artikels (21) ist vorhanden, wenn an einem vom Sitze des Hauptgeschäfts verschiedenen Orte gleichartige Geschäfte des Prinzipals abgeschlossen werden, dieser abgezweigte Betrieb nach seiner Organisation auf die Dauer berechnet ist und der damit Beauftragte eine selbständige Thätigkeit entwickelt. Für den Begriff der Selbständigkeit ist es unwesentlich, ob der Beauftragte zur Vertretung des Handelsgeschäfts nach jeder Richtung hin in vollem Umfange befugt ist, oder ob seiner Thätigkeit gewisse Grenzen gezogen, ihm ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen ist." —

[20]) S. auch Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 175 zu Art. 21[1] a. E.

3. Eine Zweigniederlassung hat eben, weil sie kein Stamm, sondern nur ein Zweig ist, eine nur beschränkte Selbständigkeit.
4. Der Abschluß von Geschäften erfolgt selbständig von der Zweigniederlassung aus; diese können jedoch von denen, welche von der Hauptniederlassung aus abgeschlossen werden, nicht generell verschieden sein.
5. Die vom Gesetz gewollte Uebereinstimmung des für Haupt- und Zweigniederlassung im Verkehr dienenden kaufmännischen Namens ist gleichzeitig ein Merkmal von Abhängigkeit und Selbständigkeit; und endlich
6. Dieser Gedanke des Gesetzes wird auch durch die möglicher Weise vorhandene, dann aber auf Ordnungsrücksichten beruhende Verschiedenheit des kaufmännischen Namens nicht berührt. —

Das Weitere über Firma und Verwaltung der Zweigniederlassung läßt sich principiell nicht ausdrücken, dies kann auch, da es mit dem Charakter einer Niederlassung als Zweigniederlassung nichts zu thun hat, ohne Nachtheil unterbleiben.

Denn, welche Personen dem Institute vorstehen, ist eine Frage der inneren Geschäftseinrichtung, genug, daß sie zum selbständigen Abschluß von Geschäften befugt sein müssen.

Daß die Zweigniederlassung aber eine Firma führt, ist nicht eine Voraussetzung, sondern eine Folge ihrer Existenz, kann also auf ihre Entstehung und Existenz von keinem Einfluß sein.[21])

Das Gesetz erwähnt die Zweigniederlassung nur da, wo es über Verpflichtungen spricht, welche allein von Vollkaufleuten zu erfüllen sind, nämlich die Verpflichtungen, gewisse Thatsachen in das Handelsregister eintragen zu lassen.

Schon dieser Umstand weist darauf hin, daß eine Zweigniederlassung im Sinne des Gesetzes die Hauptniederlassung eines Vollkaufmanns nothwendig voraussetzt.

Eine weitere Folge ist dann, daß die Bestimmungen des Gesetzes über Handelsbücher H.G.B. Art. 28 flg. und Prokura H.G.B. Art. 41 flg. wie für die Haupt- so auch für die Zweig- Niederlassung gelten.[22])

Auch dem Minderkaufmann H.G.B. Art. 10 ist es nicht verwehrt, seinen Betrieb durch Errichtung eines Zweiggeschäfts auszudehnen, aber die Rechte und Pflichten, welche durch Gründung einer Zweigniederlassung erwachsen, sind dort unbekannt.[23])

Auf die Identität des Inhabers von Stamm- und Zweigniederlassung weist schon das Sprachgesetz mit Nothwendigkeit hin, und das Handelsgesetzbuch geht hiervon aus, wenn es die Eintragung der Firma der Hauptniederlassung auch für

[21]) Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. XVII S. 319. — Es handelt sich hier zunächst nur um neu errichtete Firmen. Hinsichtlich der übergegangenen Firma (H.G.B. Art. 22) gelten noch andere Grundsätze. S. hierüber unten § 6.

[22]) Agricola, a. a. O. S. 288, 306.

[23]) Busch, Archiv Bd. I S. 268.

die Zweigniederlassung anordnet, eine Bestimmung, welche sonst jeder inneren Begründung von vorn herein entbehren würde.

Die weitere, sich aus diesem Verhältniß ergebende Konsequenz ist, daß die kaufmännische Thätigkeit, welche in und von der Zweigniederlassung aus entwickelt wird, zur Förderung des in und von der Hauptniederlassung aus stattfindenden Geschäftsbetriebs beiträgt.

Es ist gesagt worden, „zur Förderung" und zwar deswegen, weil bei dieser Wendung die streitige, aber hier einflußlose Frage, ob der Kaufmann sein Geschäft des Gewinnes wegen oder ohne die hierauf gerichtete Absicht betreibe[24]), unerörtert bleiben kann. Soviel ist immer gewiß, mag Gewinnabsicht vorhanden sein oder nicht, zur Förderung seines Betriebs gründet der Kaufmann eine Zweigniederlassung stets.

Behält man nun weiter im Auge, daß es sich hier um einen abgezweigten Geschäftsbetrieb handelt, so folgt daraus, daß die von der Zweigniederlassung aus abzuschließenden Geschäfte von denen, welche von der Hauptniederlassung aus abgeschlossen werden, generell nicht verschieden sein können.

Die gegentheilige Ansicht, Agricola a. a. O. S. 289, scheint hierbei mehr Gewicht darauf zu legen, daß der Betrieb mehrerer Niederlassungen im materiellen Interesse ihres Eigenthümers stattfinde.

Aber das ist, wenn man überhaupt auf dieses Interesse entscheidendes Gewicht legen will — was im Hinblick auf das vorhin Erwähnte dahin gestellt bleibt — etwas der Zweigniederlassung nicht eigenthümliches; denn in diesem Punkte kann naturgemäß ihre Thätigkeit mit der einer zweiten Hauptniederlassung desselben Kaufmanns nur dasselbe Ziel verfolgen.

Wann ist nun eine Zweigniederlassung als vorhanden anzunehmen?

Man antwortet: „dies sei nur aus den thatsächlichen Verhältnissen zu entnehmen", „dies sei nur nach den Umständen zu beurtheilen", „es sei quaestio facti".[25])

Diese „Umstände" oder „thatsächlichen Verhältnisse aber geben gerade Aufschluß über den Willen des Geschäftsherrn.

Wie ist es, wenn die Eintragung der Zweigniederlassung unterbleibt, aber der Geschäftsbetrieb thatsächlich stattfindet? Dann hat der Richter durch Ordnungsstrafen die Eintragung zu erzwingen[26]), wozu ihn eben nichts anderes, als das

[24]) Busch, Archiv Bd. I S. 186, 191; Thöl, a. a. O. Bd. I § 30; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 22 flg.; Gareis-Fuchsberger, a. a. O. S. 16.

[25]) z. B. Agricola, a. a. O. S. 288; Busch, Archiv Bd. I S. 191; Anschütz-v. Völderndorf, a. a. O. Bd. I S. 174; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 105. Makower a. a. O. S. 36 Nr. 16 b; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 64[3].

[26]) H.G.B. Art. 26, 89, 154, 179, 212, 249 g (Novelle von 1884); Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 § 152, Gesetz betr. die Gesellschaften mit b. H. v. 20. April 1892 § 77.

Vorhandensein der Zweigniederlassung veranlaßt. Vorhanden ist sie aber, wenn es der Prinzipal des Hauptgeschäfts will. Diese Thatsache allein entscheidet. Auf die einzelnen Erkennungsmerkmale für das Dasein dieses Willens ist weiter noch zuzukommen. Ist er aber einmal an den Tag gelegt, dann muß sich der Kaufmann auch die Konsequenzen gefallen lassen; er kann nun nicht sagen, ich habe hier keine Zweigniederlassung.[27])

Die Verpflichtung zum Eintrag in das Handelsregister, die Begründung des Gerichtsstandes der Niederlassung und des Erfüllungsorts[28]) sind die Folgen des Vorhandenseins der Zweigniederlassung.

Allerdings kann durch verwaltungsrechtliche oder gewerbepolizeiliche Vorschriften dieser an sich freien Entschließung ein Hinderniß bereitet werden.[29])

§ 3. Erkennungsmerkmale.

Das zur Erkenntniß des Vorhandenseins einer Zweigniederlassung geltend gemachte Moment: Das Datum der Errichtung[30]) ist nicht bei allen Kaufleuten von gleicher Bedeutung.

Durch die Vorschrift des Art. 21 Abs. 3 des H.G.B.'s wird ein Anhalt für die Erkenntniß der Qualität einer Niederlassung als Zweigniederlassung gegeben.

Bei Einzelkaufleuten und offenen Handelsgesellschaften indessen ist diese Bestimmung weniger von Bedeutung, als bei Kommandit-, Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien. Denn da bei Einzelkaufleuten und offenen Handelsgesellschaften die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten nach dem Gesetze eine unbeschränkte ist, so ist für sie kein solcher Druck, wie für den Kommanditisten vorhanden, vor Beginn der Geschäfte der Kommanditgesellschaft, auf die Eintragung der letzteren im Handelsregister des Bezirks, wo sie ihren Sitz hat, hinzuwirken H.G.B. Art. 151, 163 Abs. 3.

Der Kommanditist hat ein großes Interesse an dieser für ihn vielbedeutenden Eintragung, weil sie seine solidarische Haftung ausschließt.

Kann er sich nicht auf diese Eintragung berufen, so muß er den Beweis der Kenntniß des Dritten von der beschränkten Betheiligung erbringen.

Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien bestehen als solche aber vor ihrer Eintragung im Handelsregister des Gerichtsbezirks, wo sich ihr Sitz befindet, nicht. —

Die Vernachlässigung dieser Eintragung hat gefährliche Folgen für die, welche

---

[27]) Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. XIV S. 402, Bd. XVII S. 319; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 104 § 2; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XIII S. 508.

[28]) Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. II S. 894[6] (Art. 324 des H.G.B.'s).

[29]) z. B. Gewerbeordnung § 12.

[30]) Makower, a. a. O. zu Art. 21 Nr. 16 b.

vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft handeln, denn sie haften persönlich und solidarisch. H.G.B. Art. 178, 211. — Dieselben Bestimmungen enthält das Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, §§ 11, 76 Abs. 3 und nach dem Genossenschaftsgesetze vom 1. Mai 1889 hat die Genossenschaft vor erfolgter Eintragung in das Genossenschaftsregister der Hauptniederlassung die Rechte einer eingetragenen Genossenschaft nicht. §§ 13, 148 Abs. 3.

„Datum der Errichtung" ist jedoch nicht gleichbedeutend mit „Datum der Eintragung im Handelsregister". Haupt- und Zweig-Niederlassung können die Geschäfte gleichzeitig beginnen, ohne daß die eine oder die andere im Handelsregister eingetragen ist.

Die innerlich zwingenden Momente, in bestimmten Fällen den Eintrag der Hauptniederlassung vor Beginn der Geschäfte in der Zweigniederlassung zu bewirken, sind bereits hervorgehoben worden.

Der Umfang des Geschäftsbetriebs ist kein untrügliches Kennzeichen, da einerseits auch bei großem Geschäftsbetrieb noch keine Zweigniederlassung vorhanden zu sein braucht, wenn letzterer nämlich nicht selbständig ausgeübt wird[31]) und andererseits derjenige der Zweigniederlassung größer, als derjenige der Hauptniederlassung sein kann.[32])

Auch das Betriebskapital, welches für Haupt- und Zweigniederlassung der Natur der Sache nach aus derselben Quelle fließt, kann keine Bedeutung für die Erkenntniß des Vorhandenseins einer Niederlassung, also auch einer Zweigniederlassung besitzen, wie dies mit Recht wiederholt hervorgehoben worden ist[33]).

Dagegen dürfen die Geschäftsbücher, welche nach dem oben Bemerkten in der Zweigniederlassung zu führen sind, und die Korrespondenz, welche in Abschrift aufzubewahren ist, als sichere Anhaltepunkte bezeichnet werden, denn hieraus läßt sich auf Gang, Stand und Zusammenhang des Geschäftsganzen schließen.

Sollte jedoch in diesen Beziehungen nicht vorschriftsmäßig verfahren worden sein, so gewähren die selbständig stattfindenden Geschäftsabschlüsse, welche im ersichtlichen Interesse der präponderirenden Hauptniederlassung stattfinden, den Ausschlag.

Giebt man diesen Standpunkt auf, so wird der Begriff sofort wieder schwankend.

Den in manchen gerichtlichen Entscheidungen im entgegengesetzten Sinne entwickelten Grundsätzen[34]) dürfte daher nicht beizustimmen sein.

---

[31]) Busch, Archiv Bd. II S. 52, Bd. VI S. 129.

[32]) Agricola, a. a. O. S. 289. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XXI S. 4.

[33]) Agricola, a. a. O. S. 307; Motive zur Konkursordnung, abgedruckt in Wengler's Kommentar zu diesem Gesetz S. 693.

[34]) Busch, Archiv Bd. I S. 580; Wengler's Archiv N. F. 1883 S. 175, dagegen 1884 S. 7 flg., 10 flg.

Dort wird die Begründung von Zweigniederlassungen ausländischer Versicherungsgesellschaften im Inlande[35]) angenommen, weil sie, trotz mangelnder selbständiger Entschließung bei Geschäftsabschlüssen, nach inländischem Rechte einen Sitz wählen müssen, eine Vorschrift, welche aber nur die Begründung eines allgemeinen Gerichtsstandes jener ausländischen Gesellschaften im Inlande bezweckt, um inländischen Kontrahenten den Rechtsweg gegenüber diesen Gesellschaften zu erleichtern[36]).

Dieser Gesichtspunkt gehört der Politik und dem Civilprozeß an.

In der vorliegenden Frage jedoch entscheidet allein das Privatrecht[37]).

Jener allgemeine Gerichtsstand kann jetzt für alle solche ausländische Gesellschaften auf Grund von § 19 Abs. 3 der C.P.O. und zwar, wie auch schon nach älterem Rechte, noch jetzt durch die Landesgesetzgebung bestimmt werden[38]).

Die Vorschrift aber, die Firma — und was sich hieran anschließt — im Handelsregister einzutragen, sowie die Voraussetzungen und Wirkungen solcher Einträge sind privatrechtlicher Natur, hier kann daher also auch nur das Privatrecht maßgebend bleiben.

Die Frage, wer selbständig Verträge abschließen könne, ist nach seinen Grundsätzen zu beantworten.

Daß aber das Gesetz die selbständige Vertragsfähigkeit den Verwaltern einer Zweigniederlassung vindicirt, geht eben aus seiner Bestimmung, die Firma für diese einzutragen hervor. Fehlt die Selbständigkeit, dann verüberflüssigt sich auch jede Eintragung ins Handelsregister[39]).

Die weiteren — man darf vielleicht sagen — äußerlichen Erkennungsmerkmale des Vorhandenseins einer Zweigniederlassung, nämlich, daß sie in einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung anzutreffen ist, sowie die Firma des abgezweigten Geschäfts sind der Uebersichtlichkeit wegen im Folgenden getrennt zu besprechen.

Vorerst soll jedoch noch einiger Fälle gedacht werden, die im heutigen Verkehrs-

---

[35]) Unter Inland ist, da es sich um das Versicherungsgewerbe handelt, auch nach jetzigem Rechte der betreffende deutsche Staat zu verstehen. Gew.-O. § 6. — Bei solchen inländischen Gesellschaften ist dagegen Sitz gleichbedeutend mit Hauptniederlassung. —

[36]) Die K.S. Verordnung vom 16. September 1856 unterscheidet sich in dem hier fraglichen Punkte doch wesentlich von den Bestimmungen § 4c der Verordnung zur Ausführung des Gesetzes über das Mobiliar- und Privat-Feuerversicherungswesen vom 20. November 1876. Vergl. auch oben I, sowie den folgenden § 4B. v. Hahn a. a. O. S. 106 N. 6 a. E.

[37]) Die Verordnung des K.S. Justizministeriums vom 24. März 1862, Zeitschrift f. Rechtspfl. und Verw. N.F. Bd. XXII S. 300 und Busch, Archiv Bd. I S. 580.

[38]) Kommentare zur C.P.O. v. Sarwey zu § 19 N. 3 und 7; Gaupp S. 47 IV; v. Wilmowski-Levy S. 48 flg.

[39]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. II S. 386 und die daselbst zu findende Besprechung des Nürnberger Kommissionsberichts.

leben häufig sind und gerade bei Beurtheilung der vorliegenden Frage zu vielfachen Zweifeln Veranlassung geben.

§ 4. Fortsetzung.

A. Davon ist also auszugehen, daß der Theil eines Geschäftsganzen, welchem das Essentiale des selbständigen Vertragsabschlusses fehlt, nur innere Bedeutung für ein kaufmännisches Geschäft besitzt, wie z. B. die Werft und die Maschinenfabrik, in welchen eine Dampfschifffahrtsgesellschaft, deren Handelsgewerbe im Transporte von Personen und Gütern besteht, für den eignen Bedarf Schiffe baut und ausrüstet.

Auf solche Fälle sind die im Eingange dieser Arbeit erwähnten Bezeichnungen „Neben-“ und „Hülfs-Etablissement“ zu beschränken. Nun herrscht aber viel Streit darüber, ob eine Zweigniederlassung dann anzunehmen sei, wenn zwar an einem anderen Orte als dem der Hauptniederlassung gleichartige Geschäfte, wie von dieser aus, abgeschlossen werden, der Gesammtbetrieb jedoch nur in der Weise ausführbar ist, daß er von verschiedenen Orten aus stattfindet, wie dies bei den Eisenbahnverwaltungen geschieht.

Die Frage ist erstens: sind alle, auch die kleinsten Stationen als Zweigniederlassungen in das Handelsregister einzutragen? und dann, ist für jede Station bei dem zuständigen Richter der Gerichtsstand der Niederlassung begründet?[10])

Die überwiegende Meinung spricht sich hinsichtlich beider Fragen im verneinenden Sinne aus.

Dies dürfte wohl auch das Richtige sein.

Man denke an die dem Zwecke des Handelsregisters nicht entsprechende Ueberfülle der Einträge, wenn man die erste Frage im bejahenden Sinne entscheiden wollte. Eine so ausgedehnte Registerführung würde einerseits dem Publikum nicht mehr nützen, und andererseits die Registerbehörden in einer ganz zwecklosen Weise belasten.

Denn wollte man das Prinzip einmal als richtig anerkennen, so wäre nicht einzusehen, warum eine größere Station vor einer kleineren den Vorzug haben sollte[11]), da doch die von beiden abzuschließenden Geschäfte generell ganz gleich sind.

Hier zeigt sich auch, daß, wie schon oben bemerkt, dem Umfange des Geschäftsbetriebs für die Erkenntniß des Vorhandenseins einer Zweigniederlassung gar keine

[10]) Lesse in Busch, Archiv Bd. II S. 285 flg.; Anschütz-v. Völderndorff a. a. O. Bd. I S. 177 N. 12, S. 178 N. 13; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 64,[4]; Makower, a. a. O. S. 86 N. 16a; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 106 § 2 a. E.; Staub, a. a. O. S. 36; Willenbücher, a. a. O. S. 30; Gareis-Fuchsberger, a. a. O. S. 68 N. 142; die Kommentare zur C.P.O. v. Sarwey, S. 50 N. 4; Gaupp, Bd. I S. 54 N. 1; v. Wilmowski-Levy, Bd. I S. 55 N. 2; Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. II S. 386 flg.; Wengler, Archiv N. F. 1881 S. 161 flg., 187 flg. 1884 S. 9; Ring, a. a. O. S. 285,[3].

[11]) Keyßner will (Busch, Archiv Bd. II S. 59) hier einen Unterschied machen, — Lesse dagegen verwirft (das. S. 285, 288) mit Recht einen solchen; vergl. auch die in der vorhergehenden Note citirten gerichtlichen Entscheidungen.

Bedeutung zukommen kann, denn würde man im vorliegenden Falle hierauf ein Gewicht legen, so könnte man allerdings vielleicht größeren Stationen die Eigenschaft einer Zweigniederlassung zusprechen, kleineren jedoch absprechen.

Es leuchtet ein, daß dies ganz willkürlich sein und innerer Begründung entbehren würde[42]).

Will sich das Publikum über die Thatsachen, deren urkundliche Feststellung im Handelsregister vorgeschrieben ist, Kenntniß verschaffen, so muß dies bei dem Gerichte, in dessen Handelsregister die, wie es sich empfehlen möchte, zu sagen: „Niederlassung" eingetragen ist, geschehen.

Hier ist eben nur eine Niederlassung vorhanden.

Ebenso verhält es sich mit dem Gerichtsstand:

Der allgemeine Gerichtsstand und der Gerichtsstand der Niederlassung fallen hier in der That zusammen.

Was aber die Hauptsache ist, die Fähigkeit zu selbständigen Vertragsabschlüssen ist hier gar nicht vorhanden; dies gilt jedoch bezüglich aller in der Eisenbahnverwaltung, den Abschluß von Personen- und Güter-Transportverträgen vermittelnden Beamten, auch bezüglich derjenigen, welche im Bahnhofe des Orts, wo der Unternehmer seinen Sitz hat, expediren; denn wer ein Billet kaufen will, erhält es, wer Güter verfrachten will, dem werden sie abgenommen, vorausgesetzt, daß er den in Preislisten, Reglements und Tarifen enthaltenen, ihn ebenso, wie die Beamten, welche expediren, bindenden Vorschriften nachkommt.

Gerade hier ist der Schematismus in ausgedehntester Weise ausgebildet, die Selbständigkeit nur scheinbar. Sämmtlichen Beamten ist der Inhalt der Verträge, welche sie nur zu vermitteln haben, genau vorgeschrieben, eine Abweichung hiervon und überhaupt freie Entschließung ganz ausgeschlossen.

Besonderer Erwähnung verdient weiter der Fall, wenn eine Eisenbahn durch verschiedene Staaten führt, und in jedem „ein ständiger Bevollmächtigter, welcher der Regierung des betreffenden Staats gegenüber die Verwaltung der Gesellschaft vollständig zu vertreten hat, und an welchen alle für die Gesellschaft bestimmten Insinuationen rechtsgültig erfolgen können", vorhanden ist. — Die Redaktion des Centralorgans für das deutsche Handels- und Wechselrecht, in welchem N. F. Bd. I S. 55 dieses Falles hinsichtlich der Homburger Eisenbahngesellschaft gedacht ist, hält dafür S. 56. Anm., daß hier allerdings eine Zweigniederlassung anzunehmen sei, weil dieser Vertreter die Gesellschaft für den Zweig ihres Geschäfts in dem jeweiligen Staate lokalisire. — Hier kommt es aber wohl auf die Begründung eines inländischen Gerichtsstandes an, welcher nach jetzigem Rechte gemäß § 19 Abs. 3 der C.P.O. geschaffen werden könnte.

Ein Zweig der Geschäfte ist hier nicht vorhanden.

Hat man aber endlich solche Fälle, wie sie den die Taunusbahn betreffenden

[42]) Busch, Archiv Bd. VI S. 129.

gerichtlichen Entscheidungen zu Grunde liegen, im Auge,[43]) so dürfte man der Ansicht des Darmstädter Kassationshofes, welcher in dem eigenthümlichen Geschäftsbetrieb der Station Castel nicht eine „Zweig-“ sondern eine zweite „Haupt-Niederlassung“ erblickt, beitreten. Zwar nicht deswegen, weil, wie dort angenommen wird, das Befördern von Personen und Waaren gegen Bezahlung über den Rhein, die nicht von der Taunusbahn befördert waren oder werden, das Schleppen von Schiffen durch Dampfboote der Gesellschaft über den Strom gegen Bezahlung ein verschiedenes Handelsgewerbe darstellt, denn auch hier sind es, wie bei dem Eisenbahnunternehmen die Geschäfte des Frachtführers und die Geschäfte einer zum Transport von Personen bestimmten Anstalt, sondern, weil ein solches Unternehmen sehr wohl ohne den daneben bestehenden Eisenbahnbetrieb existiren könnte[44]).

Etwas anderes ist es mit dem Verkaufe des in der Station Castel über den eigenen Bedarf hinaus producirten Leuchtgases an andere Personen.

Hier könnte man von einem verschiedenen Handelsgewerbe reden.

B. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf alles, was über das selbständige Kontrahiren, über die Begründung des Gerichtsstands, sowohl des allgemeinen, als des besonderen der Niederlassung und über die Eintragspflicht hervorgehoben worden ist, verwiesen.

Im Gegensatze zu den Eisenbahnunternehmungen liegt es nun bei den Versicherungsgesellschaften allerdings nicht in der Natur des Geschäftsbetriebes, daß er an verschiedene Orte vertheilt sein müsse, da es recht wohl denkbar ist, daß das Versicherungsgewerbe nur von einem Orte aus betrieben werde.

Jedoch bildet auch hier die Vertheilung des Geschäftsbetriebs in verschiedene Orte die Regel.

Es entsteht nun die Frage, wann sind diese einzelnen Geschäftsstellen als Zweigniederlassungen anzusehen?[45])

[43]) Busch, Archiv Bd. VI S. 124 flg.

[44]) Die schon citirte Reichsgerichtsentscheidung Bd. II, S. 386 sagt am Schlusse „allerdings können ausnahmsweise Verhältnisse obwalten, welche einer Eisenbahnstation nach gewisser Richtung hin, die Eigenschaft einer Niederlassung der in § 22 der C.P.O. bemerkten Art geben. Unter Anderen kann das nach Befinden der Fall sein, wenn die Stationsverwaltung ein dem eigentlichen Zwecke des ganzen Unternehmens fremdes Nebengewerbe betreibt.“

Die Frage, ob dann eine Haupt- oder Zweig-Niederlassung anzunehmen sei, ist hier unbeantwortet geblieben. — In Sachen Lapotta ·/. Oberschlesische Eisenbahn ist ein Eisenbahnbetriebsamt wegen der besonderen Art seiner Organisation für eine Zweigniederlassung im Sinne des § 22 Abs. 1 der C.P.O. angesehen worden, (Reichsgericht III. Civ.-Sen. U. v. 23. April 1881. Rep. 624/81.) wie Puchelt-Förtsch, a. a. O. S. 64,² erwähnen. S. das. auch noch S. 65,³.

[45]) Oben I u. § 3; Busch, Archiv Bd. I S. 190, 396; Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 177; Makower, a. a. O. S. 36 N. 16c; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 105; Staub, a. a. O. S. 36 § 1; Gareis-Fuchsberger, a. a. O. S. 48 N. 23; Willenbücher, a. a. O. S. 30. — Ring, a. a. O. S. 286,⁴. Wengler, Archiv N. F. 1884 S. 7 flg., 10 flg. Vergl. auch oben § 3 a. E. insbesondere Anm. 34 bis 39.

Das Kriterium ist kein anderes, als in allen übrigen Fällen.

Die Bezeichnungen für die Geschäftsstellen sind mannigfach. Unteragenturen, Haupt- und General-Agenten, Haupt- und General-Agenturen, Subdirektionen.

Darauf, daß die Bezeichnung eine sachliche Prüfung im gegebenen Falle nicht ausschließt, ist bereits hingewiesen worden. Gleichwohl gewährt die Bezeichnung im vorliegenden Fall einen Anhalt.

Das Sprachgefühl führt schon dazu, wenn nicht etwa Täuschungen beabsichtigt sind, hier für untergeordnete nur vermittelnde Geschäftsstellen nicht Bezeichnungen zu wählen, welche auf Selbständigkeit schließen lassen, und umgekehrt. Hieraus folgt, daß eine Haupt- oder General-Agentur, sowie eine Subdirektion mehr zu bedeuten hat, als bloß eine Agentur.

Die Praxis hat denn auch, wie schon erwähnt, an diesen durch die Erfahrung bestätigten Umstand anknüpfend, wie z. B. die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XIV. S. 401, die Konsequenzen dahin gezogen, daß sie die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts, welche von einer sich als Subdirektion bezeichnenden Geschäftsstelle vorgeschützt worden war, verworfen hat, weil der unter einer solchen Bezeichnung auftretenden Geschäftsstelle erfahrungsgemäß der Charakter einer Zweigniederlassung zukomme.

§ 5. Räumliche Lage.

Art. 21 des H.G.B.'s bestimmt:

Die Firma muß auch für die an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde errichtete Zweigniederlassung bei dem für die letztere zuständigen Handelsgerichte angemeldet werden.

Art. 23 des ersten Entwurfs der Nürberger Redaktionskommision, welcher dem Art. 25 des preußischen Entwurfs entspricht, enthält die Worte: „für die letztere" noch nicht.

In der zweiten Lesung ist bei Berathung dieses Artikels hervorgehoben worden, daß sich das Wort „zuständigen" (Handelsgericht) auf Zweigniederlassung bezöge. Protokolle S. 920.

Zur Beseitigung des Mißverständnisses in jenem Artikel das Wort „zuständigen" etwa auf das Handelsgericht der Hauptniederlassung zu beziehen, sind dann noch die Worte: „für die letztere" in den Artikel eingeschaltet worden.

Art. 20 des zweiten Redaktionsentwurfs enthält denn auch bereits die Fassung, wie sie Art. 21 des H.G.B.'s hat.

Agricola, welcher zuerst ausführlich über die Zweigniederlassung geschrieben hat, stellt hier eine Ansicht auf, welche theilweise auch heute noch als fortwirkend erkennbar ist[46]); er sagt nämlich: a. a. O. S. 289:

[46]) Staub, a. a. O. S. 85 Einleitung; Ring, a. a. O. S. 287,7.

„Die Zweigniederlassung liegt gewöhnlich in der Ferne und darum meist in einem anderen Orte oder Gemeinde, als das Haupthaus. Solche Fälle hat das Handelsgesetzbuch im Auge, wenn es die Einregistrirung auch der Zweigniederlassung anordnet",

und fährt dann fort S. 290:

„liegt dagegen die Zweigniederlassung sogar in demselben Orte oder Gemeinde, wie die Hauptniederlassung, so ist ein Eintrag nicht vorgeschrieben."

Auch sagt er S. 281:

„es ist also erforderlich, daß ein Handelsbetrieb dauernd von wenigstens zwei örtlichen Mittelpunkten ausgeht, die zwar regelmäßig räumlich entfernt, möglicher Weise aber auch in demselben Orte oder Registerbezirke liegen können."

Anmerkungsweise fügt er sogar hinzu S. 282 Anm. 8:

„Artikel 21 steht nicht entgegen."

Ist nun auch der Fall denkbar, daß Haupt- und Zweig-Niederlassung in demselben Registerbezirke liegen, so kann man seiner Ansicht nicht beitreten, insoweit sie es nach dem Handelsgesetzbuch nicht für ausgeschlossen erachtet, daß Haupt- und Zweigniederlassung an demselben Orte oder in derselben Gemeinde sich befinden können.

Diese Auffassung würde nur dann Berechtigung haben, wenn es in der Eingangs erwähnten Gesetzesstelle hieße: die Firma muß auch für die Zweigniederlassung, wenn sie an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde errichtet worden ist u. s. w. Daß aber der Gesetzgeber, wenn er die Eintragung der Firma auch für die Zweigniederlassung vorschreibt, davon ausgeht, daß diese Niederlassung sich stets an einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde als die Hauptniederlassung befinde, muß deswegen für unzweifelhaft gelten, weil er die Eintragung der Firma vorschreibt; er will damit erreichen, daß der kaufmännische Name überall da registrirt werde, wo der Kaufmann sein Handelsgewerbe betreibt.

Agricola scheint bei der Beurtheilung dieses Punktes einerseits von den früher geltenden Firmenvorschriften, welche das System des Handelsgesetzbuchs nicht kannten und andererseits von dem Gedanken, daß ein wesentliches Moment im Begriffe der Zweigniederlassung nothwendig der materielle Nutzen sei, welchen sie dem Inhaber der Hauptniederlassung bereite, beeinflußt worden zu sein.

Wenigstens lassen sich die von ihm angeführten Beispiele, daß ein Buchhändler eine Buchdruckerei, ein Apotheker eine Droguenhandlung, und zwar nach seiner Theorie an demselben Orte als Haupt- und Zweig-Niederlassung besitzen könne, kaum nach einem anderen Gesichtspunkte beurtheilen.

Wie aber schon hervorgehoben, würde dieses Moment des Nutzens kein der Zweigniederlassung eigenthümliches, sie von einer zweiten Hauptniederlassung desselben Kaufmanns unterscheidendes sei.

Daß ein Kaufmann unter derselben Firma an demselben Orte und zwar, um bei dem gewählten Beispiele stehen zu bleiben, eine Buchhandlung und eine Buchdruckerei betreiben könne, ist gewiß nicht zu bestreiten. Aber damit existiren noch nicht zwei Niederlassungen, insbesondere nicht eine Haupt- und eine Zweig-Niederlassung[47]).

Das Handelsgesetzbuch kommt nun zwar an den späteren Stellen, wo es die Zweigniederlassung wieder erwähnt, nicht nochmals ausdrücklich darauf zu sprechen, daß es von dem Grundsatze, die Zweigniederlassung in seinem Sinne liege in einem anderen Orte oder in einer anderen Gemeinde, als die Hauptniederlassung ausgeht; allein, die Konstruktion dieser späteren Stellen basirt auf jenem Grundsatze[48]).

Es würde dem Wesen der Zweigniederlassung, welche eben als selbständige Geschäftsstelle gedacht ist, widersprechen, wenn man sie an demselben Orte oder in derselben Gemeinde, wo die Hauptniederlassung liegt, für möglich halten wollte.

Denn da in diesem Falle die Zweigniederlassung an demselben Orte wie das Haupthaus unter derselben Firma kaufmännisch thätig würde, so würde dies einem Dritten gar nicht erkennbar sein, es würde also Alles auf dasselbe hinauslaufen, als ob nur eine Niederlassung vorhanden wäre, wie es denn auch thatsächlich der Fall ist.

Der Irrthum läßt sich wohl von vornherein am einfachsten dadurch vermeiden, wenn man die sonst für die Auslegung der Gesetze — H.G.B. Art. 1, B.G.B. für das Königr. Sachsen §§ 22, 23 — aufgestellten Regeln beobachtet. Hiernach ist in erster Linie der Wortsinn zu prüfen. Bleibt man daher in dem nun einmal vom Gesetze hier selbst gebrauchten Bilde, so lehrt die Anschauung der Natur, welcher dieses entnommen ist, daß ein Zweig vom Stamme des Baumes, aus dem er hervorwächst, im Raume sich seitwärts befindet.

§ 6. Firma.

Wenn von der Firma einer neubegründeten Zweigniederlassung gesprochen wird, so ist nach dem Inhalte der Protokolle und den Bestimmungen des

---

[47]) von Hahn, a. a. O. Bd. I S. 103 N. 2; Staub a. a. O. S. 35; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. VII. S. 510. Theilweise a. M. Puchelt—Förtsch. a. a. O. Bd. I S. 63,1. — Zweifelhaft: Willenbücher a. a. S. 81. — S. auch Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XII. S. 328 (betrifft zwei Geschäfte mit demselben Betrieb an demselben Orte, aber unter verschiedenen Firmen. (HGB. Art. 22). Hier sind dann wohl zwei Hauptniederlassungen als vorhanden anzunehmen.

[48]) § 14 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 u. § 12 des Gesetzes vom 20. April 1892 über die Gesellschaften m. b. H. bestimmen, daß jede Zweigniederlassung bei dem Gerichte, in dessen Bezirk sie sich befindet, zur Eintragung angemeldet werden muß. Das System des HGB.'s gilt auch hier.

Handelsgesetzbuchs kein Zweifel darüber möglich, daß hierunter dieselbe Firma gemeint ist, welche für die Hauptniederlassung gebraucht wird.

Nach welchen Vorschriften sich die Bildung und Führung einer Firma zu richten hat, ist in Art. 15 flg. des H.G.B.'s für Einzelkaufleute und Handelsgesellschaften bestimmt und genügt es darauf hinzuweisen, da bei der Gleichheit der Firma für Haupt- und Zweig-Niederlassung hinsichtlich der letzteren nichts Besonderes gilt.

Es fragt sich aber, muß man der Bestimmung des Gesetzes, die Zweigniederlassung solle keine andere Firma als die der Hauptniederlassung führen, eine derartige Bedeutung beilegen, daß, wenn diese Uebereinstimmung nicht gewahrt ist, eine Zweigniederlassung nicht vorhanden ist, selbst wenn sonst alle Vorbedingungen für das Dasein einer solchen erfüllt sind.

Für inländische d. h. deutsche Kaufleute ist die Frage nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung nicht mehr praktisch, denn da das Handelsgesetzbuch im deutschen Reich gemeines Recht ist, so gelten seine Bestimmungen über Firmen gleichmäßig in dessen Rechtsgebiet.

Es kann sich also nur darum handeln, wie der Fall liegt, wenn ein ausländischer, d. h. nicht deutscher Kaufmann, der eine Firma, welche den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nicht entspricht, für eine innerhalb Deutschlands errichtete Zweigniederlassung führen will.

Die Königl. Sächs. Justizministerial-Verordnung[49]) vom 2. Mai 1863 hat jener vom Handelsgesetzbuch als Regel aufgestellten Uebereinstimmung der Firma von Haupt- und Zweig-Niederlassung eine so schwer wiegende Bedeutung beigelegt, daß sie sagt, im Mangel dieser Uebereinstimmung sei keine Zweigniederlassung anzunehmen, wenn sie auch thatsächlich vorhanden wäre[50]).

Will man nun ähnlich urtheilen, wie beim Wechsel[51]), wo dessen Dasein entfällt, wenn das Wort „Wechsel" in der Urkunde nicht enthalten ist, so muß man konsequenter Weise zu dem Resultate der angezogenen Verordnung kommen.

Gegen die Zulässigkeit der Eintragung einer den Vorschriften des Handels-

---

[49]) Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. XXIV S. 147, Busch, Archiv Bd. II S. 139 flg.

[50]) Die Frage ist an folgendem Beispiel entschieden worden: ein Petersburger Kaufmann hatte bei einem Sächsischen Handelsgerichte seine den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs nicht entsprechende Firma zum Eintrag ins Handelsregister für eine Zweigniederlassung angemeldet. Das K. Justizministerium äußerte sich gegenüber der vom Handelsgericht bewirkten Ablehnung, eine solche Firma einzutragen, dahin, daß letztere einzutragen sei, mit der Begründung, daß die Firma der Zweigniederlassung diejenige der Hauptniederlassung nach dem Handelsgesetzbuch sein müsse. Wenn daher nicht diese Firma, sondern eine andere für die Zweigniederlassung eingetragen werde, so entfalle damit der Begriff der Zweigniederlassung selbst. —

[51]) Wechselordnung Art. 4, 96.

gesetzbuchs nicht entsprechenden Firma ist jedoch mit Recht Einspruch erhoben worden [52]).

Will man nun dieser Ansicht folgen, so wird man dazu kommen, die Eintragung der unzulässigen Firma für das inländische Geschäft zu verweigern. Geschieht dann die Eintragung gemäß den inländischen Vorschriften, so würde damit der Charakter des Geschäfts als Zweigniederlassung gemäß der angezogenen Verordnung freilich verloren gehen.

Art. 21 Abs. 2 des H.G.B.'s verlangt ausdrücklich, daß die Firma, wenn sie am Orte, oder in der Gemeinde, wo die Zweigniederlassung errichtet wird, bereits eine gleiche Firma antrifft, sich einen Zusatz beifüge, durch den sie sich deutlich von der bereits vorhandenen Firma unterscheide, hiermit also abändere. Hieraus geht hervor, daß vom Gesetz der Gleichheit der Firma für beide Niederlassungen kein solches Gewicht beigelegt wird, daß es bei dieser von ihm selbst vorgeschriebenen Verschiedenheit der Firmen den Begriff der Zweigniederlassung verneint. Anzunehmen, daß die Firma trotz eines solchen abändernden Zusatzes dieselbe bleibe, dürfte zuweit gegangen sein. Denn mag die Firma der Hauptniederlassung auch den Hauptbestandtheil der für die Zweigniederlassung abgeänderten Firma bilden, so kann doch nicht die Verschiedenheit beider in Abrede gestellt werden.

Will ein Kaufmann, welcher mit einem ins Handelsregister eingetragenen Kaufmann gleiche Vor- und Familiennamen hat, sich auch derselben als seiner Firma bedienen und muß sich infolgedessen nach Art. 20 des H.G.B.'s zu dieser einen Zusatz wählen, welche Firma er dann führen darf, so wird Niemand die Verschiedenheit der bereits bestehenden und der neuen Firma bestreiten.

Hat aber der Zusatz in einem solchen Falle die Wirkung, daß dadurch eine neue Firma geschaffen wird, so gilt dasselbe auch im analogen Fall bei der Zweigniederlassung.

Ohne die durch Art. 21 Abs. 2 vorgesehene Veranlassung, die Beifügung eines Zusatzes zur Firma der Zweigniederlassung zu gestatten, dürfte nicht zulässig sein.

Auch bei Handelsgesellschaften gilt nichts anderes [53]).

Es ist daher der im Centralorgan N. F. Bd. I S. 556 flg. mitgetheilten Entscheidung nicht beizutreten [54]).

---

[52]) Anschütz — von Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 179 N. 17; Agricola, a. a. O. S, 318; Puchelt—Förtsch a. a. O. Bd. I S. 54,[2] 65,[5]; Staub a. a. O. S. 86 flg. 381. — a. M. Ring a. a. O. S. 293.

[53]) Puchelt—Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 55,[6], S. 62,[7] und [4] — S. 407,[3] („Eine besondere Firma für die Zweigniederlassung kann weder die Kommandit-Gesellschaft auf Aktien noch die Aktiengesellschaft annehmen"). A. M. auch Ring, a. a. O. S. 288,[8] und Staub, a. a. O. S. 381.

[54]) In dem dort vorliegenden Fall war die Firma der Aktiengesellschaft: „Königshulder Stahl- und Eisenwaarenfabrik"; ihre Zweigniederlassung sollte dagegen die Firma:

Im Vorhergehenden ist davon ausgegangen, daß der nach Art. 21 Abs. 2 zu wählende Zusatz — ebenso wie in Art. 20 — einen integrirenden Bestandtheil der Firma bildet[55]).

Auch die im Centralorgan N. F. Bd. I S. 231 vertretene Ansicht, daß die Firma der Zweigniederlassung von Anfang an eine von derjenigen der Hauptniederlassung völlig verschiedene sein dürfe, und daß daher ein Kaufmann, welcher sein Geschäft unter einer übergegangenen Firma, H.G.B. Art. 22 betreibt, wenn er eine Zweigniederlassung begründet, diese nicht auch unter der von ihm geführten alten Firma führen müsse, sondern unter seinem bürgerlichen Namen, d. h. also unter einer anderen Firma, führen dürfe, wird sich nicht aufrecht erhalten lassen[56]).

Im Uebrigen ist allerdings die vom Centralorgan betonte selbständige Existenz der Zweigniederlassung hinsichtlich des Firmenrechts als richtig anzuerkennen.

Anders liegt der Fall, wenn von einem bereits etablirten Kaufmann (Gesellschaft) ein nicht in dem Orte oder in der Gemeinde, wo seine bisherige Niederlassung sich befindet, bestehendes Handelsgeschäft mit der Firma nach Art. 22 des H.G.B.'s erworben wird und er dieses Geschäft unter der bisherigen Firma nunmehr als Zweigniederlassung seines unter anderer Firma geführten Etablissements weiter betreiben will. Dies wird unbedenklich zu gestatten sein; eine Verletzung der im Eingange dieses Paragraphen, sowie oben § 2 entwickelten Grundsätze ist hierin nicht zu finden[57]).

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß der Registerrichter der Zweigniederlassung die Zulässigkeit der Firma nicht bemängeln kann, wenn und solange diese im Register der Hauptniederlassung gleichfalls eingetragen ist[58]).

„Inspection der Königshulder Stahl- und Eisenwaarenfabrik" führen. „Wie nun durch einen solchen Zusatz das Wesen der Aktiengesellschaft, welches darin bestehe, daß keine Person mit ihrem Vermögen, sondern nur mit ihrem Einlagekapital hafte, noch mehr hervorgehoben werde, ist in der That nicht einzusehen. Der Firma der Zweigniederlassung aber unter einer solchen Begründung die Beifügung eines Zusatzes, welcher doch hier für die Firma der Hauptniederlassung dieselbe Bedeutung hätte zu gestatten, erscheint ganz ungerechtfertigt. — In wiefern nun endlich der Zusatz „Inspection" einen Zweig des Gesammtgesellschaftsbetriebs, welcher besonders hervorrage, deutlicher kennzeichnen soll, bleibt gleichfalls unverständlich.

[55]) von Hahn, a. a. O. Bd. I S. 101 § 10.

[56]) von Hahn, a. a. O. Bd. I S. 112 § 9; Busch, Archiv Bd. IX S. 449.

[57]) von Hahn, a. a. Bd. I S. 82 flg., insbes. S. 83 § 3, S. 112 § 10; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XI S. 362 Bd. XIII S. 510. A. M. Ring, a. a. O. S. 288,[8], welcher jedoch den Umstand, daß es sich hier um eine abgeleitete Firma handelt, unberücksichtigt läßt. —

[58]) Staub, a. a. O. S. 381; Ring, a. a. S. 288,[8]. Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XVI S. 353. Gareis — Fuchsberger, a. a. O. S. 60 N. 108. Ueber die Löschung der Firma einer Zweigniederlassung siehe noch die angezogenen Annalen

§ 7. Verwaltung.

Weder das Handelsgesetzbuch in seiner ursprünglichen Fassung und die beiden hierzu ergangenen Novellen, noch die Reichsgesetze über die Gesellschaften mit b. H. und die Genossenschaften enthalten darüber, welche Personen die Verwaltung einer Zweigniederlassung und den Abschluß der Geschäfte von dieser aus bewirken können, unmittelbar Bestimmungen. Hier gelten jedoch mit nur wenigen Abweichungen dieselben Grundsätze wie bei der Hauptniederlassung. Das wesentliche Erforderniß für jene Personen ist die Fähigkeit zum selbständigen Kontrahiren. Diese Fähigkeit steht nun naturgemäß vor Allem dem Prinzipal selbst zu.

Ob dieser es für angemessen findet, die Leitung der Hauptniederlassung oder der Zweigniederlassung selbst zu übernehmen, hängt von den besonderen Geschäftsverhältnissen ab und läßt sich daher nach allgemeinen Gesichtspunken nicht beurtheilen.

Ist der Prinzipal ein Einzelkaufmann, so steht ihm allein hier die Wahl zu. Bei offnen Handelsgesellschaften, Kommandit- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien kann ein persönlich haftender, vertretungsberechtigter Gesellschafter, bei der Aktiengesellschaft ein Vorstandsmitglied[59]) die Leitung der Zweigniederlassung übernehmen. Nach dem Reichsgesetz über die Gesellschaften mit b. H. vom 20. April 1892 würde dies durch einen Geschäftsführer (§ 35), bei den Genossenschaften endlich nach dem Gesetz vom 1. Mai 1889, wie bei der Aktiengesellschaft, durch ein Mitglied des Vorstandes geschehen können.

Es ist aber auch zulässig, daß die Verwaltung Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten übertragen wird, ja ein im Uebrigen selbständiger Kaufmann, welcher neben der Vertretung der Zweigniederlassung sein eigenes mit dieser oder deren Hauptniederlassung in gar keinem Zusammenhange stehendes Geschäft betreibt kann der Zweigniederlassung vorstehen[60]).

Der Umfang der Vollmachten von Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen bestimmt sich nach der Art, in welcher er vom Prinzipal ertheilt und durch das Gesetz bestimmt wird. Hierüber enthalten Art. 41 flg. des H.G.B.'s Vorschriften[61]).

Die Vollmacht des Handlungsbevollmächtigten wird durch Art. 47 des H.G.B.'s bestimmt; er hat bei der Zeichnung der Firma, zu welcher er im Uebrigen berechtigt ist, nach Art. 48 des H.G.B.'s sich jedes eine Prokura andeutenden Zusatzes zu enthalten und mit einem das Vollmachtsverhältniß ausdrückenden Zusatz zu zeichnen.

Bd. X S. 368 und das Reichsgesetz vom 30. März 1888, sowie über Firmenzeichnung Annalen Bd. XVI S. 449.

[59]) Staub, a. a. O. S. 496 § 4; Ring, a. a. O. S. 288,⁹.

[60]) Entscheidung des Reichs-OHG. Bd. XVII S. 320, welche die Aktiengesellschaft betrifft. Vgl. Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 Art. 235 übereinstimmend mit § 40 Abs. 1 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889. Staub, a. a. O. S. 37 § 5.

[61]) Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 106,¹⁰. (Rechnungslegung), S. 116,¹⁴. — Entscheidung des Reichs-G.R. Bd. XXII S. 70 (betrifft Genossenschaften.)

Eine viel weitergehende Machtbefugniß besitzt der Prokurist, welcher wiederholt der alter ego[62]) des Prinzipals genannt wird.

Nach innen d. h. zwischen Prinzipal einerseits und Handlungsbevollmächtigten oder Prokuristen andererseits kann der gesetzliche Umfang der Vollmacht beschränkt werden; während jedoch im letzten Fall eine Beschränkung Dritten gegenüber keine Wirkung hat, würde im ersten Falle entgegen der Annahme des Gesetzes hinsichtlich des Vollmachtsumfangs ein besonderer Nachweis der Kenntniß des Dritten von der Beschränkung erforderlich sein[63]).

Die früher öfter ventilirte Streitfrage, ob auch Aktiengesellschaften Prokuristen bestellen könnten, ist theils bejaht, theils verneint[64]) und durch das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 Art. 234 dahin entschieden worden, daß der Vorstand, sofern nicht durch den Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluß der Generalversammlung ein Anderes bestimmt ist, einen Prokuristen nur mit Zustimmung des Aufsichtsraths bestellen kann, eine Beschränkung, welche jedoch Dritten gegenüber keine rechtliche Wirkung hat. S. auch Art. 231 Abs. 2.

Dagegen ist den Genossenschaften durch § 40 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Mai 1889 die Bestellung von Prokuristen wie von Handlungsbevollmächtigten zum gesammten Geschäftsbetriebe ausdrücklich untersagt.

Besonderer Erwähnung verdient noch der Fall, wenn infolge der Vorschriften von Art. 21 Abs. 2 des H.G.B.'s oder in dem am Schlusse des vorigen Paragraph erwähnten Falle der abgeleiteten Firma H.G.B. Art. 22 für die Zweigniederlassung eine von der Firma der Hauptniederlassung verschiedene Firma geführt wird. Denn da die Prokurazeichnung sich nur auf die Firma erstreckt, für welche sie ertheilt ist, so kann es hier vorkommen, daß der für die Zweigniederlassung bestellte Prokurist nur die Firma dieser letzteren, nicht aber diejenige der Hauptniederlassung zu zeichnen befugt ist[65]).

Auch hier zeigt es sich wieder, daß die infolge Art. 21 Abs. 2 des H.G.B.'s gewählte Firma der Zweigniederlassung keineswegs mehr diejenige der Hauptniederlassung ist. Es ist daher nicht berechtigt, dem gemäß jener Gesetzesstelle gewählten Zusatz zur Firma der Hauptniederlassung eine untergeordnete Bedeutung beizumessen.

---

[62]) Wörtlich ist dies nicht zu nehmen Garcis—Fuchsberger a. a. O. S. 140 N. 10.

[63]) von Hahn, a. a. O. Bd. I S. 190, 200.

[64]) Busch, Archiv Bd. I S. 272 flg.; Bd. II S. 142 flg., S. 360 flg.; Zeitschrift für Rechtsfl. u. Verwaltung N. F. Bd. XXIV S. 472; Entscheidungen des Reichs-OHG.'s Bd. VII S. 337; von Hahn, a. a. O. Bd. I S. 780 flg.; Ring, a. a. O. S. 561 flg.; Staub, a. a. O. S. 510 flg.

[65]) Die Busch, Archiv Bd. IX S. 450 mitgetheilte gerichtliche Entscheidung hat offenbar einen Fall im Auge, wo die Firma der Zweigniederlassung sich nicht zufolge Art. 21 Abs. 2 abzuändern hatte; Agricola, a. a. O. S. 306; Makower, a. a. O. S. 60 N. 8; Garcis-Fuchsberger, a. a. O. S. 144 N. 24; Staub, a. a. O. S. 64; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 107,[2]; Willenbücher, a. a. O. S. 53, 300; Wengler,

§ 8. Tragweite des Artikel 21 Absatz 3 des Handelsgesetzbuchs.

Art. 21 Abs. 3 des H.G.B.'s bestimmt: „die Eintragung — der Firma — bei dem Handelsgerichte[66]) der Zweigniederlassung findet nicht statt, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Handelsgerichte der Hauptniederlassung geschehen ist."

Die ausweislich der Protokolle S. 4661 besondere Entstehungsursache dieses dritten Absatzes ist darin zu suchen, daß man bei der Errichtung der Zweigniederlassung einer Kommanditgesellschaft auf Aktien und Aktiengesellschaft sicher gehen wollte, daß die Eintragung der Zweigniederlassung und die Veröffentlichung dieses Vorganges im Interesse des Publikums nicht eher stattfinde, als bis die Eintragung am Orte der Hauptniederlassung erfolgt sei, denn diese letztere bedingt ja die Existenz dieser Gesellschaften überhaupt.

Es heißt dann in den Protokollen S. 4662 weiter: „es werde sich von selbst verstehen, daß jener Satz in gleicher Weise auf alle Handelsgesellschaften zu beziehen sei."

Das Handelsgesetzbuch alter Fassung verlangt nun den Nachweis der Eintragung einer den Einzelkaufmann oder die Handelsgesellschaften betreffenden Thatsache beim Handelsgerichte der Hauptniederlassung (des Sitzes) bevor diese Thatsache auch im Register der Zweigniederlassung eingetragen wird, an keiner weiteren Stelle.

Die hiernach begrenzt erscheinende Anwendung von Art. 21 Abs. 3 durch den Richter ist sofort nach Erlaß des Handelsgesetzbuchs angezweifelt worden.

Agricola a. a. O. S. 291 sagt speciell hinsichtlich dieser Bestimmung, sie knüpfe zwar an die Firmenvorschriften an, und sei wegen der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften aufgenommen worden, aber die ratio legis reiche noch weiter, er glaubt, sie sei bei allen Einträgen in das Handelsregister der Zweigniederlassung zu beobachten, insoweit solche nicht etwa nur in das letztere gehörten, wie z. B. der Eintrag einer Prokura für letztere, wenn Haupt- und Zweig-Niederlassung zufolge Art. 21 Abs. 2 verschiedene Firmen hätten.

Archiv N. F. Bd. VII S. 545; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. VIII S. 412, Bd. XI S. 864. — A. M. hinsichtlich der Aktiengesellschaften Ring, a. a. O. S. 563 flg.; Staub, a. a. O. S. 511.

[66]) Ueber die Behörde, welcher die Führung des Handels- und Genossenschaftsregisters in Sachsen zusteht bezl. zustand, vergl. die K. S. Ausführungs-Verordnung zum H.G.B. vom 30. Dezember 1861 § 8 sub 11, sowie K. S. Gesetz vom 1. März 1879 § 13 Abs. 2. S. auch § 19 der K. S. Verordnung zur Ausführung des Bundesgesetzes vom 4. Juli 1868, § 5 der K. S. Verordnung zur Ausführung des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889, § 4 jenes Gesetzes, § 10 Abs. 2 dieses Gesetzes, sowie § 1 der Bekanntmachung des Reichskanzlers betr. die Führung des Genossenschaftsregisters vom 11. Juli 1889, endlich § 7 des Reichsgesetzes vom 20. April 1892 betr. Gesellschaften mit b. H. und die hierzu erlassene K. S. Ausführungsverordng. vom 12. Oktober 1892.

In den Protokollen ist kein Anhalt für diese Ansicht zu finden, während andererseits freilich auch nicht erhellt, daß die Konferenz eine solche Tragweite habe ausschließen wollen.

Man darf dies vielleicht damit erklären, daß jene Vorschrift erst in der dritten Lesung angenommen worden ist.

Im Interesse der Uebereinstimmung des für Haupt- und Zweigniederlassung geführten Registers kann man daher wohl die Zweckmäßigkeit der Vorschrift, daß immer, ehe eine die Zweigniederlassung betreffende Eintragung im Register stattfindet, zuvor der Nachweis der geschehenen Eintragung im Register der Hauptniederlassung erbracht werden müsse, anerkennen, ohne sagen zu dürfen, das Gesetz verlange einen solchen Nachweis.

Hierbei ist ja auch zu berücksichtigen, daß darüber kein Einverständniß besteht, welche Einträge überhaupt in das Register der Zweigniederlassung gehören.

So giebt Agricola selbst zu, daß die Beobachtung jener Gesetzesstelle nicht bei allen Einträgen gleichzwingend wäre — v. Hahn a. a. O. Bd. I S. 107 ferner hält die Vorschrift auch bei Statutenänderungen von Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien anwendbar, wofür der Entstehungsgrund jener Bestimmung spricht, was auch Agricola mit Recht hervorhebt. Dagegen sagt v. Hahn weiter ausdrücklich, für den Einzelkaufmann und die offene Handelsgesellschaft habe sie keine Bedeutung, und erklärt auch S. 184, daß sie bei dem Eintrage der Prokura keine Anwendung finde.

Insoweit durch jene Gesetzesstelle gleichzeitig eine Bestimmung über die sonstige Führung des Registers gegeben ist, weist doch der Grund ihrer Entstehung darauf hin, daß ein derartiger Fingerzeig nicht beabsichtigt gewesen ist, wie denn das Handelsgesetzbuch überhaupt keine Bestimmung über die Führung des Registers, abgesehen von der Erwähnung der Ordnungsstrafen, enthält.

Diese Bestimmungen zu treffen, ist der Landesgesetzgebung überlassen worden.

Das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 hebt bezüglich der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften in Art. 179 Abs. 2 und 212 Abs. 3 (durch Bezugnahme auf 179 Abs. 2) die für diese Gesellschaften besonders wichtige und daher auch namentlich in die sie betreffenden Gesetzesvorschriften gehörige Bestimmung hervor.

Auch die auf Grund von § 171 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 erlassene Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 11. Juli 1889 bestimmt in § 20 Abs. 1 für eine außerhalb des Gerichtsbezirks der Hauptniederlassung zu errichtende Zweigniederlassung, daß die Eintragung der letzteren nicht erfolgt, bevor die Eintragung der Hauptniederlassung nachgewiesen ist, während § 7 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 eine solche Vorschrift nicht enthielt. Die Königl. Sächs. Ausführungsverordnung zu dem Reichsgesetz über die Gesellschaften mit b. H. verweist in § 4 auf § 20 jener Bekanntmachung und damit auch auf

die jetzt besprochene Bestimmung[67]). Willenbücher, a. a. O. S. 31 sagt, daß Art. 21 Abs. 3 nur den Fall im Auge hat, wenn die Handelsgerichte der Haupt- und Zweig-Niederlassung verschieden sind, daß der in dieser Bestimmung enthaltene Grundsatz immer derselbe bleiben werde, nämlich: eine Zweigniederlassung dürfe nicht vor einer Hauptniederlassung eingetragen werden. Für den Fall nun, daß beide Niederlassungen in demselben Gerichtsbezirk sich befinden, ist denn auch in der eben erwähnten Bekanntmachung § 20 Abs. 5 jener Nachweis von den Betheiligten nicht verlangt, wohl mit Recht, da ja die vorgängige Errichtung der Hauptniederlassung eine gerichtskundige Thatsache ist.

Schließlich ist noch der früher viel bestrittenen Frage zu gedenken, wie es mit dem Eintrage einer Zweigniederlassung zu halten sei, wenn dort, wo die Hauptniederlassung liegt, die Führung von Handelsregistern im Sinne des Handelsgesetzbuchs überhaupt nicht stattfindet.

Theorie und Praxis haben sich wiederholt dahin ausgesprochen, daß in einem solchen Falle von dem Nachweise der vorherigen Eintragung der Hauptniederlassung abgesehen werden müsse, wenn nur sonst die den Geschäftsbetrieb ermöglichenden Bedingungen erfüllt wären.

Das Reichsgesetz vom 18. Juli 1884 hat diesen Grundsatz hinsichtlich ausländischer Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien anerkannt, indem es bei diesen von dem Nachweise des Eintrags der Hauptniederlassung ganz absieht[68]). Art. 179 Abs. 3, 212 Abs. 3.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Haftung des Cedenten für die Verität der abgetretenen Forderung; Rechtsverhältniß gegenüber demjenigen, an den die cedirte Forderung weiter abgetreten worden ist.

R.G. I. Civils. Urth. v. 10. März 1897. I. 373/96.

Für den Kommissionsrath Robert H. zu Berlin war eine als Darlehn bezeichnete Forderung von 300000 ℳ auf einem der Frau K. gehörigen Charlotten-

---

[67]) Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 §§ 13, 148 Abs. 3. Gesetz über die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892 §§ 11, 76 Abs. 3.

[68]) Verordnung des K. S. Justizministeriums vom 4. April 1862; Busch, Archiv Bd. I S. 530; Agricola, a. a. O. S. 317 flg.; Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 179; Makower, a. a. O. S. 37 N. 18c, S. 218 N. 49; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 65,7; Staub, a. a. O. S. 86 flg., 380; Gareis-Fuchsberger, a. a. O. S. 69 N. 144; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. VIII S. 505. Kommentar zum Reichsgesetz vom 18. Juli 1884: v. Völderndorff, S. 108 III; Ring, a. a. O. S. 292,11.

burger Grundstück hypothekarisch eingetragen. Die hypothekarische Forderung war ihm von der beklagten Baugesellschaft cedirt. Er hat das Grundstück subhastiren lassen, und die Ausfallforderung, welche 134046 ℳ 51 ₰. ergab, an vier Söhne cedirt. Diese haben die Forderung als Darlehnsforderung gegen die Schuldnerin zu einem Theilbetrage von 3000 ℳ eingeklagt, haben aber die Klage zurückgenommen, nachdem die damalige Beklagte beschworen hat, daß sie niemals von der jetzigen Beklagten ein Darlehn von 300 000 ℳ erhalten habe. Auf deren Widerklage ist ausgesprochen, daß den Klägern eine derartige Ausfallforderung an die Widerklägerin nicht zustehe. Nun erhoben die Cessionare, Oskar H. und Genossen wider die Baugesellschaft Klage auf Erstattung von 1809 ℳ 30 ₰. ihnen in jenem Prozesse erwachsener Kosten, die sie u. A. mit der Behauptung begründeten, daß ihr Vater, der Kommissionsrath H., dem die als Darlehnsforderung bezeichnete hypothekarische Forderung von der Beklagten cedirt war, verstorben und von den Klägern und drei Geschwistern beerbt sei. Diese drei Geschwister hätten den Anspruch ihres Vaters auf Gewährleistung gegen die Beklagte, soweit er auf sie vererbt sei, den Klägern abgetreten.

Die erste Instanz (L.G. I zu Berlin) verurtheilte im Wesentlichen nach dem Klagantrage, das Berungsgericht wies dagegen die Klage ab. Diese Entscheidung wurde vom Reichsgerichte aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen. Die Gründe führen aus:

Nach § 420 des Allgem. Landrechts Th. I, Tit. 11 ist der Cedent dem Cessionar für die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit der abgetretenen Forderung zu haften verpflichtet. Dem Kommissionsrath H. stand danach gegen die Beklagte als seine Cedentin ein Gewährleistungsanspruch zu. Dieser Anspruch war auch vererblich, er ist, soweit die Kläger Erben ihres Vaters geworden sind, auf diese übergegangen. Der Gewährleistungsanspruch konnte auch von seinem Inhaber abgetreten werden. Haben die Miterben der Kläger ihren Brüdern diesen Gewährleistungsanspruch abgetreten, soweit er auf sie vererbt war, so sind die Kläger die alleinigen Inhaber des Gewährleistungsanspruch geworden.

Ergiebt sich aus diesem Gewährleistungsanspruch überhaupt eine Haftung der Beklagten für Kosten eines verlorenen Prozesses, in welchem die abgetretene Forderung gegen die Schuldnerin verfolgt wurde, so umfaßt er auch die Haftung für die Kosten, welche den Cessionaren des ersten Cessionars durch ihre Prozeßführung erwachsen sind, sofern nur auf die zweiten Cessionare der Gewährleistungsanspruch, der ihrem Cedenten gegen dessen Cedenten zustand, übergegangen ist. Dabei ist es unerheblich, ob die Kläger gegen ihren Vater aus dem Rechtsgeschäft, mittelst dessen dieser die Forderung an sie abtrat, einen Gewährleistungsanspruch hatten oder nicht. Es ist ebenso unerheblich, ob der Gewährleistungsanspruch des Vaters auf die Kläger vor oder nach ihrer Prozeßführung wider die Schuldnerin übergegangen ist.

Soweit der Gewährleistungsanspruch des Kommissionsraths H. auf die

Kläger als seine Erben übergegangen ist, verkennt das Berufungsgericht die rechtliche Bedeutung des Erbrechts, wenn es den Satz ausspricht:

Diese Kosten sind eben nur den Klägern und zwar nicht in ihrer Eigenschaft als Erben des Kommissionsraths H., sondern in ihrer Eigenschaft als dessen Cessionare entstanden. Haftet der Kommissionsrath H. oder sein Nachlaß den Cessionaren überhaupt nicht, so fehlt es an jeder Unterlage, auf welcher er oder sein Nachlaß gegen die Beklagte Regreß nehmen könnte.

Eine solche Scheidung zwischen der Rechtsstellung des Erben ohne Vorbehalt in dieser Funktion und bezüglich seines eigenen Vermögens ist nach dem Erbschaftserwerbe rechtsgrundsätzlich und für die Regel nicht mehr statthaft. Beide Vermögensmassen fließen in der Person des Erben zusammen. Das gilt sowohl nach dem Preußischen Allgem. Landrecht wie nach gemeinem Recht. Auf die einzelnen Fälle, in denen die beiden Funktionen getrennt zu denken sind, ist hier nicht einzugehen. Sie berühren unsere Frage nicht.

Dem Erben steht zufolge jener Regel die exceptio rei venditae et traditae entgegen, wenn er eine Sache, die ihm vor dem Erbschaftserwerbe gehörte, von dem dritten Besitzer vindizirt, dem sie der Erblasser verkauft und übergeben hatte. L. 1 § 2, L. 3 § 1 D. h. t. (21. 3) § 10 des Allgem. Landrechts Th. I, Tit. 15.

Ebenso tritt mit der Beerbung eine Konfusion von Recht und Verbindlichkeit ein, die Schuld des Erben an den Erblasser erlischt wie seine Forderung an denselben. Allgem. Landrecht Th. I, Tit. 16 § 476.

Wären also die Kläger die alleinigen Erben des Kommissionsraths H. ohne Vorbehalt geworden und wäre ihnen nicht, wie das Kammergericht festgestellt hat, die Forderung an die K. unentgeltlich, sondern gegen Entgelt cedirt, so würde ihnen zwar, so lange ihr Vater lebte, an diesen ein Gewährleistungsanspruch zugestanden haben und sie hätten deshalb damals auch nach der Rechtsansicht des Kammergerichts von ihrem Vater Abtretung des Gewährleistungsanspruchs an die Beklagte fordern und, wenn ihnen unter jener Voraussetzung der Gewährleistungsanspruch gegen die Beklagte abgetreten wäre, Ersatz der ihnen erwachsenen Kostenforderung von dieser beanspruchen können. Starb aber der Vater, bevor sie ein solches Ansinnen an denselben gestellt hatten, und bevor demselben von dem Vater entsprochen war, so war damit der Gewährleistungsanspruch der Söhne an den Vater erloschen. Die Brücke, welche zum Regreßanspruch der Söhne nach der Ansicht des Berufungsgerichts führen soll, war in diesem Fall abgebrochen. Es bedurfte aber auch gar nicht mehr einer Cession. Denn was den Söhnen hätte durch eine Cession des Vaters ertheilt werden können, das hatten sie nun kraft des Erbrechts erlangt, sie hatten den Gewährleistungsanspruch des Vaters ererbt. Und wie die nachträgliche Cession des Gewährleistungsanspruchs in jenem Falle für die Personen, denen der Schaden erwachsen war, bevor sie die Inhaber eines Gewährleistungsanspruchs an die Beklagte geworden waren, die Kläger legitimirt haben

würde, diesen Gewährleistungsanspruch behufs Wiedererlangung der von ihnen aufgewendeten Kosten jetzt zu erheben: so muß die nachträgliche Erwerbung dieses Gewährleistungsanspruchs ausreichen, um dieselbe Legitimation zu erbringen.

Hat aber der Uebergang des väterlichen Gewährleistungsanspruchs durch Erbgang diese Rechtswirkung, obschon gerade mit der Beerbung der Regreßanspruch der Söhne gegen den Vater erlosch, so muß er dieselbe Wirkung haben, wenn ein solcher Regreßanspruch vor der Beerbung nicht begründet war.

Daß Gewährleistungsanspruch gegen die erste Cedentin und erlittener Schade jetzt und zufolge der Beerbung in einer Person zusammentreffen, reicht aus, um den Beschädigten den Erstattungsanspruch gegen die Cedentin zu gewähren.

Führt die Einheit der beiden Vermögensmassen von Erblasser und Erbe, die unitas personarum, dazu, daß die aus der Veräußerung, die sich der Erblasser an Sachen des Erben erlaubt hat, entstandene Verpflichtung dem Erwerber die Sache zu lassen bezw. die Gewährleistungspflicht des Erblassers gegenüber dem dritten Erwerber das Vermögen und die Person des Erben ergreift, so muß auch umgekehrt der Gewährleistungsanspruch, den der Erblasser aus einer demnächst an den späteren Erben schenkungsweise abgetretenen Erwerbung gegen den Dritten erlangt hat, den zufolge dieser Erwerbung in dem Vermögen des Erben entstandenen Defekt wieder ausgleichen.

Da aber die Kläger nicht die alleinigen Erben des Kommissionsraths H. geworden sind, so bedurften sie einer Cession ihrer Miterben, um die vollständige Legitimation zur Erhebung des Gewährleistungs- und Kostenerstattungsanspruchs gegen die Beklagte zu erlangen.

Diese Cession des Gewährleistungsanspruchs konnten ihnen auch die Miterben vollwirksam ertheilen, auch wenn ihrem Erblasser und folgeweise ihnen kein unmittelbarer Schade durch Aufwendung von Kosten entstanden war, und wenn ihr Erblasser und folgeweise sie ihren Brüdern, den Klägern, auf Erstattung solcher Kosten nicht hafteten. Denn es ist keineswegs richtig, wie in den kammergerichtlichen Urtheilen unterstellt wird, daß der Gewährleistungsanspruch des Cessionars gegen seinen Cedenten zur Voraussetzung hat, daß die Nachtheile, welche die Nichtexistenz der Forderung zur Folge gehabt hat, in der Person des Cedenten und ersten Cessionars entstanden sein müßten, oder daß er seinem Cessionar auf Erstattung dieser Schäden haftete. Das ist begrifflich so wenig bei dem Gewährleistungsanspruch des Cessionars wie bei dem Gewährleistungsanspruch des Käufers oder eines Erwerbers von Sachen aus einem andern Rechtsgrunde der Fall. Nur das ist Voraussetzung, daß die späteren Veräußerungsgeschäfte sich angeschlossen haben an die Veräußerung des Regreßpflichtigen, so daß der an letzter Stelle eingetretene Erwerb oder Mangel im Erwerbe eine Folge davon war, daß der Regreßpflichtige etwas als vollgültig, als sein ihm zustehendes Recht, als mangelfrei u. s. w. veräußert hat, was eben so beschaffen nicht war oder ihm nicht zustand.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der, welcher in Folge dieses Mangels an letzter Stelle zu leiden hat, den Gewährleistungsanspruch gegen den ersten Veräußerer erheben, wenn ihm derselbe von dessen unmittelbarem Rechtsnachfolger abgetreten wird. Das ist eine nothwendige Folge der freien Veräußerlichkeit von Sachen und Rechten, welche durch die weitere Veräußerung den Verfügungen anderer Personen unterstellt werden, die andere Zwecke verfolgen und andere Vermögensinteressen haben. Der erste Cedent oder Verkäufer weiß das. Wenn er durch seine Abtretung einer Forderung oder durch seinen Verkauf einer ihm nicht gehörigen oder mangelhaften Sache diese Sache oder jene Forderung in Lauf setzt, so muß er sich sagen, daß, wenn er auch nur mit seinem Cessionar oder mit seinem Käufer kontrahirt, also nur diesen Personen gewährleistungspflichtig wird, der sich ergebende Schaden bei einer anderen Person eintreten und unter Umständen eine ganz andere Gestalt und einen ganz anderen Umfang gewinnen kann, wenn Sache oder Forderung durch Abveräußerung in dritte Hand gelangen. Es liegt auch für den ersten Veräußerer sehr nahe, vorauszusehen, daß sein Cessionar, wenn er die ihm abgetretene Forderung frei weiter cediren kann, sich auch in der Lage befindet, den Gewährleistungsanspruch, der ihm gegen seine Gegenkontrahenten zusteht, abzutreten, und so seinen mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsnachfolger in die Lage zu setzen, den ihm erwachsenen Schaden gegen den ersten Veräußerer zu verfolgen.

Das römische Recht hat auch diese Konsequenz gezogen.

Der Pfandgläubiger, welcher als solcher veräußert, steht, wenn er diese Haftung nicht besonders übernimmt, nicht dafür ein, daß der Pfandgeber Eigenthümer war. Er ist nicht verpflichtet, dem Ersteher Ersatz zu leisten, wenn diesem die erkaufte Sache evinzirt wird. L. 10 D. de distract. pignor. (20, 5) L. 1 C. Creditorem evictionem pignoris non debere. (8. 46)

In der Person des Pfandgläubigers entsteht also kein Schaden, wenn der dritte Eigenthümer dem Ersteher die von diesem gekaufte Sache evinzirt. Gleichwohl kann er den Gewährleistungsanspruch, der ihm gegen den Verpfänder zusteht, dem Käufer mit dem Erfolge abtreten, daß der Verpfänder dem Käufer regreßpflichtig wird. Und weil er solchen Gewährleistungsanspruch gegen den Verpfänder in der actio pignoratitia contraria hat, wird er sogar verpflichtet erachtet, obwohl er sonst nicht haftet, diesen Gewährleistungsanspruch seinem Käufer abzutreten.

L. 38 D. de evictionibus (21. 2) cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?

Dieselbe Cessibilität eines Anspruchs, an welchem Cedent ein persönliches Interesse nicht hat, wird auch in anderen Fällen angenommen, in denen Cedent dem Cessionar sonst nicht haftet,

vergl. u. A. L. 25 D. de administrat. tut. (26. 7.)

Es ist nicht ersichtlich, daß das Preußische Allgemeine Landrecht in diesen Beziehungen von andern Rechtsgrundsätzen ausgeht. Kann aber der nicht regreßpflichtige Cedent hiernach seinem Cessionar durch nachträgliche Abtretung des Gewährleistungsanspruchs gegen den ersten Cedenten legitimiren, den Ersatzanspruch wegen des Schadens, der dem späteren Cessionar aus dem Mangel im Recht des ersten Cedenten erwachsen ist, gegen den ersten Cedenten zu verfolgen: so darf man zurückschließen, daß auch der zweite Cessionar, wenn er Benefizialerbe des ersten Cessionars wird, durch die Beerbung ebenso, wie der Erbe ohne Vorbehalt zur Verfolgung des Schadens legitimirt wird, den er vor der Beerbung erlitten hat.

Schädenanspruch auf Grund von § 16 des Gesetzes zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894. (§ 14, § 15 dieses Gesetzes, § 1 des Gesetzes vom 27. Mai 1896, § 8, § 10 Tit. 6 Theil I des Allg. Landr.).

R.G. I. Civ.-Sen. Urtheil vom 24. Februar 1897. I. 360/96.

Thatbestand.

Der in Berlin domicilirenden klagenden Handelsgesellschaft ist der Generalvertrieb des Pilsner Bieres aus dem Bürgerlichen Brauhaus in Pilsen übertragen, sie hat für sich am 19. April 1895 in die Zeichenrolle des Patentamtes unter Nr. 5372 ein Waarenzeichen eintragen lassen, welches ein längliches Rechteck mit abgerundeten Ecken, von Linien umrahmt, darstellt, mit der Inschrift: Original-Pilsner aus dem Bürgerlichen Brauhause in Pilsen, gegründet 1842, und inmitten dieser Inschrift ein kleines, ebenfalls mit Linien umrahmtes Schildchen zeigt, in dem die Worte „Pilsner Bier" stehen. In der Hauptinschrift sind die obenan stehenden Worte Original-Pilsner durch besonders große Lettern hervorgehoben. Die Eintragung dieses Waarenzeichens ist am 3. Mai 1895 durch den Reichsanzeiger bekannt gemacht worden.

Der Beklagte, der in Berlin unter Firma: Bürgerliches Brauhaus, Otto M., wie die Klägerin behauptet, mit dem Zusatz „Bayrisch Bierbrauerei, Neue Königsstraße 18" eine Brauerei betreibt, hat nach dem Zeitpunkt dieser Bekanntmachung wiederholt in Fachzeitschriften des Gastwirthgewerbes Inserate einrücken lassen, in denen er ein von ihm hergestelltes Bier unter der Bezeichnung: „Pilsner Bier Bürgerliches Brauhaus Berlin" oder auch schlechthin „Pilsner Bier" empfielt. Diese Ankündigungen sind mit der Unterschrift: Bürgerliches Brauhaus Berlin, Neue Königsstraße 18, zum Theil unter Beifügung des Namens des Beklagten, versehen.

Die Klägerin behauptete, daß der Beklagte durch diese Ankündigungen in den Käufern die irrige Meinung zu erwecken suche, daß das feilgebotene Bier dem Bürgerlichen Bräuhaus in Pilsen entstamme, hierdurch auch ihr Waaren-

zeichenrecht wissentlich oder grob fahrlässig verletze und sich zum Vertriebe seines Bieres einer Bezeichnung bediene, welche innerhalb der betheiligten Verkehrskreise als das Kennzeichen des von der Klägerin vertriebenen Bieres gelte. Hierauf gründete die Klägerin die Anträge, dem Beklagten bei Strafe zu untersagen, sich ohne ihre Genehmigung der Bezeichnung „Pilsner Bier Bürgerliches Bräuhaus" beim gewerblichen Vertriebe von Bier zu bedienen, und den Beklagten ferner zu verurtheilen, ihr als Schadensersatz 2000 ℳ nebst 5 % Zinsen seit der Klagezustellung zu zahlen.

Der Beklagte bestritt, mit seinen Ankündigungen eine Täuschung beabsichtigt zu haben, da die Bezeichnung „Pilsener Bier", welche er für eine Gattung von ihm hergestellten Bieres schon seit langen Jahren anwende, allgemein für Biere solcher Gattung und keineswegs ausschließlich für in Pilsen gebraute Biere angewendet werde, übrigens auch durch die Hinzufügung des Ortsnamens Berlin die Möglichkeit einer Verwechslung mit dem ächten Pilsener Bier und insbesondere mit dem Waarenzeichen der Klägerin ausgeschlossen werde. Der Beklagte bestritt eventuell auch, daß der Klägerin durch den Vertrieb seines Bieres unter der gerügten Bezeichnung ein Schade erwachsen sei, da sein Bier einen ganz anderen Kreis von Konsumenten habe, als das weit theurere Pilsener Bier der Klägerin. Die beiden ersten Instanzen wiesen die Klage ab, das Reichsgericht hob auf und wies die Sache zur anderweiten Verhandlung an das Berufungsgericht mit folgender Begründung.

Daß die Klageanträge auf die Eintragung des klägerischen Waarenzeichens nicht gestützt werden können, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrthum angenommen. Es erwägt, daß sowohl die Ankündigungen, wie das Schild des Beklagten in ihrem Gesammtarrangement so verschieden von dem Gesammteindruck des Waarenzeichens der Klägerin seien, daß auch ein oberflächlicher Beobachter nicht auf den Gedanken kommen könne, in ihnen das Waarenzeichen der Klägerin zu sehen. Diese Erwägung beruht darauf, daß nicht die in dem eingetragenen Waarenzeichen vorkommenden Worte ihrem Klange nach, sondern das ganze Zeichen in seiner bildlichen Wirkung geschützt sei. Diese Auffassung ist eine zutreffende. Die in dem Thatbestande des Urtheils I. Instanz enthaltene Darstellung des eingetragenen Zeichens läßt keinen Zweifel darüber, daß es der Klägerin darum zu thun gewesen ist, Schutz für eine bestimmte, auf das Auge des Beschauers charakteristisch wirkende, etikettartige Anordnung der zur Bezeichnung ihrer Waare dienenden Worte zu erlangen, nicht aber für die beliebige Benützung dieser Worte zur Waarenbezeichnung. Daraus folgt, daß eine Verletzung des durch die Eintragung des Waarenzeichens erlangten ausschließlichen Rechtes der Klägerin nur dadurch begangen werden kann, daß ein Anderer eine auf das Auge des Beschauers ähnlich wirkende bildliche Darstellung, welche die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr hervorzurufen geeignet ist, in seinem Geschäftsbetriebe anwendet. Hiervon kann aber weder bei den Zeitungsinseraten

des Beklagten, noch bei seinem Geschäftsschilde die Rede sein, da dieselben entweder eine bildliche Wirkung gar nicht anstreben oder doch dem Auge nicht die geringste Aehnlichkeit mit dem klägerischen Waarenzeichen darbieten.

Ebenso hat das Berufungsgericht mit Recht den Versuch, die Klage auf § 15 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zu gründen, als verfehlt bezeichnet. Die Klägerin hat, von ihrem Waarenzeichen abgesehen, nicht das geringste darüber vorgebracht, in welcher Ausstattung sie das von ihr vertriebene Bier in den Verkehr bringe. Ihre Meinung, daß auch die Benennung, d. i. die wörtliche Bezeichnung des Bieres für sich allein unter den Begriff der Ausstattung falle, ist nicht zu billigen. Hierzu wäre vielmehr eine bestimmte charakteristisch hervortretende Gestaltung dieser Bezeichnung in der Waaren-Ausstattung, sei es durch die typographische Darstellung, sei es durch die Farbe oder durch andere Mittel erforderlich. Da von einer solchen Gestaltung der wörtlichen Bezeichnung nichts erhellt, so ist die Möglichkeit einer Nachahmung derselben durch den Beklagten ausgeschlossen.

Dagegen sind die Gründe, aus denen das Berufungsgericht die Möglichkeit der Begründung des Klageanspruchs aus § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 verneint hat, als zutreffend nicht anzuerkennen. Diese gesetzliche Vorschrift bedroht denjenigen mit Strafe, der Ankündigungen von Waaren fälschlich mit dem Namen eines Ortes zu dem Zwecke versieht, über Beschaffenheit und Werth der Waare einen Irrthum zu erregen. Einschränkend wird im Absatz zwei bestimmt, daß die Verwendung von Namen, welche nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waaren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, nicht unter die Vorschrift des Gesetzes falle. Indem der Beklagte in seinen Ankündigungen sich der Bezeichnung Pilsener Bier bedient, giebt er Pilsen als den Herkunftsort des angebotenen Bieres an, sofern nicht handelsgebräuchlich die Bezeichnung „Pilsener Bier“ die Natur einer Herkunftsbezeichnung verloren hat. Kann das letztere nicht festgestellt werden, so ist die Vorschrift des § 16 gegen den Beklagten anwendbar, sobald erweislich ist, daß er die Bezeichnung „Pilsener Bier“ zu dem Zwecke gebraucht hat, um den Irrthum zu erregen, das von ihm feilgebotene Bier rühre aus Pilsen her und habe die Beschaffenheit und den Werth des dort gebrauten, allbekannten Bieres. Daß der Beklagte mit seinen Ankündigungen und seinem Geschäftsschilde diesen Zweck verfolge, hat der Kläger behauptet und dabei darauf hingewiesen, daß dieser Zweck des Beklagten besonders durch die Hinzufügung der seiner Firma entnommenen Worte „Bürgerliches Brauhaus“ ersichtlich werde, weil dadurch seine Ankündigungen eine zu Täuschungen besonders geeignete Aehnlichkeit mit den Ankündigungen des echten Pilsener Bieres aus dem Bürgerlichen Brauhause in Pilsen erhielten.

Das Berufungsgericht meint jedoch, daß aus diesem strafrechtlichen Thatbestande von dem Kläger ein Unterlassungs- und Entschädigungsanspruch nicht hergeleitet werden könne, weil der § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 in

augenfälligem Unterschiede zu den vorhergehenden §§ 14 und 15, welche sowohl eine strafrechtliche, wie eine civilrechtliche Verfolgung des Zuwiderhandelnden zuließen, nur eine Strafvorschrift enthalte. Er hält diese Verschiedenheit des Rechtsschutzes für eine absichtliche und wohlbegründete, da die §§ 14 und 15 den privatrechtlichen Schutz des Zeichen- und Ausstattungsrechtes des einzelnen Produzenten und Händlers bezweckten, der § 16 aber den öffentlich-rechtlichen Zweck verfolge, die Konsumenten vor Täuschungen über den Produktions- und Handelsort zu bewahren. Diesen verschiedenen Zwecken entspreche es auch, daß in den Fällen der §§ 14 und 15 die Strafverfolgung auf Antrag, im Falle des § 16 dagegen von Amtswegen eintrete. Den an einen bestimmten Produktions- oder Handelsort wohnhaften Gewerbetreibenden habe ein ausschließliches Recht, den Namen oder das Wappen ihres Wohnsitzes zu gebrauchen, nicht eingeräumt werden sollen.

Zuzugeben ist, daß die Absicht, den Gewerbtreibenden eines bestimmten Ortes ein ausschließliches Recht zur Benutzung des Ortsnamens bei dem Vertriebe ihrer Produkte oder Waaren einzuräumen, in dem Gesetze vom 12. Mai 1894 nicht zum Ausdruck gekommen ist. Ferner geht aus der Begründung des Gesetzentwurfs hervor, daß nach der Absicht der verbündeten Regierungen durch den § 16 (§ 15 des Entwurfs) vornehmlich einer Irreführung der Abnehmer über den Produktions- oder Handelsort entgegengewirkt werden soll. Allein daraus folgt nicht, daß es der Absicht des Gesetzgebers zuwiderlaufe, aus der Vorschrift des § 16 auch einen civilrechtlichen Schutz der interessirten Gewerbetreibenden gegen betrügliche Angaben über den Ort der Herkunft von Waaren herzuleiten. In dem allgemeinen Theile der Begründung des Gesetzentwurfs wird die Bestimmung des § 16 unten den allgemeinen Gesichtspunkt der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gebracht. Es heißt dort (Seite 9):

„Die öffentliche Meinung ist darüber nicht zweifelhaft und man wird ihr darin beipflichten müssen, daß das Gesetz nach seiner Tendenz eine wünschenswerthe Ergänzung erfährt, wenn es neben dem Markenschutz noch andern Mißbräuchen entgegenzuwirken sucht, deren der unlautere Wettbewerb sich zu bedienen pflegt, um seinen Erzeugnissen ein ihrer Beschaffenheit und ihrem Werthe nicht entsprechendes Ansehen im Verkehr zu verschaffen. Unter diesen Gesichtspunkt fällt zunächst die unredliche Nachahmung der als Merkmal der Waaren eines bestimmten Geschäfts anerkannten Art der Verzierung oder Aufmachung. Sodann gehören dahin die fälschlichen Angaben über die Herkunft der Waaren".

Bekanntlich wurde bei der zweiten Lesung des Gesetzentwurfs im Reichstage der Versuch gemacht, in denselben eine allgemeinere, die Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs bezweckende Vorschrift aufzunehmen und von diesem Versuch später nur Abstand genommen, weil der Vertreter der Regierungen in Aussicht stellte, daß baldigst ein umfassender, das Gebiet des unlautern Wettbewerbs behandelnder Gesetzentwurf vorgelegt werden solle. Dieses Versprechen wurde erfüllt durch die

Vorlegung des Entwurfes zu dem am 27. Mai 1896 verkündeten Gesetze zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs. Der § 1 dieses Gesetzes, welcher sich gegen die unredlichen Ausschreitungen bei der Ankündigung von Waaren richtet, giebt jedem gewerblichen Mitbewerber das Recht, die Unterlassung der unrichtigen Angaben und Schadensersatz zu fordern. In der allgemeinen Begründung des Gesetzentwurfs wird darauf hingewiesen, daß es sich um eine Verallgemeinerung der Vorschriften in den §§ 15 und 16 des Waarenzeichengesetzes handle und bei der speziellen Begründung zu § 1 wird mit Bezug auf den Begriff „Bezugsquelle" ausgeführt, daß dieser Begriff sich auf Ursprungsangaben nicht geographischen Charakters erstrecken solle, da die fälschliche Verwendung von Ortsnamen in geschäftlichen Ankündigungen bereits durch § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes in genügender Weise eingeschränkt worden sei. Bei diesem Zusammenhange beider Gesetzentwürfe kann nicht anerkannt werden, daß es der Absicht des Gesetzgebers zuwider sei, den civilrechtlichen Schutz, welcher den betheiligten Kreisen der Gewerbetreibenden gegen Ausschreitungen bei Waaren-Ankündigungen in andern Fällen zu theil wird, auch gegenüber falschen Herkunftsbezeichnungen, gegen die sich der § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes richtet, eintreten zu lassen, soweit der bei Emanation dieses Gesetzes vorhandene Rechtszustand dies gestattet. Daß der § 16 nur eine durch einen Antrag nicht bedingte Strafvorschrift enthält, steht einer solchen Absicht nicht entgegen, läßt vielmehr erkennen, daß der unredlichen Herkunftsbezeichnung nicht nur im Interesse einzelner Betheiligter, sondern darüber hinaus im Interesse der Allgemeinheit entgegengetreten werden soll.

Nun bietet aber das schon vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 27. Mai 1896 geltende Recht eine durchaus genügende Grundlage für die auf Unterlassung und Entschädigung gerichteten Anträge des Klägers dar, wenn festgestellt werden kann, daß der Beklagte der Vorschrift des § 16 des Gesetzes vom 12. Mai 1894 zuwidergehandelt hat. Die §§ 8, 10 und flg. Tit. 6 Th. I Allg. Landrechts verpflichten denjenigen, der einem Andern widerrechtlich Schaden zufügt, zum Ersatze dieses Schadens. Nachdem der § 16 des Waarenbezeichnungsgesetzes die fälschliche Angabe des Herkunftsorts zum Zweck der Erregung eines Irrthums über Beschaffenheit und Werth einer Waare als Bruch der Rechtsordnung bezeichnet und mit Strafe bedroht hat, kann die Widerrechtlichkeit einer solchen Handlung nicht mehr bezweifelt werden. Daß aber eine solche widerrechtliche Handlung auch geeignet ist, das Vermögen anderer Gewerbetreibender zu beschädigen, welche beim Vertriebe von Waaren gleicher Gattung sich der gemißbrauchten Herkunftsbezeichnung richtiger Weise bedienen (was keineswegs nur bei den an dem Herkunftsorte wohnhaften Gewerbetreibenden der Fall ist), ergiebt sich daraus, daß der Absatz der letzteren durch eine in demselben Absatzgebiete unter mißbräuchlicher Anwendung derselben Herkunftsbezeichnung betriebene Konkurrenz naturgemäß eine Einbuße erleiden wird. Eine solche Einbuße an demjenigen Erfolge des Gewerbebetriebes, der ohne widerrechtliche Störung der Rechtsordnung

aus der naturgemäßen Wirkung getroffener gewerblicher Veranstaltungen regelmäßig erwartet werden kann, stellt sich aber als eine Beschädigung des Vermögens der davon Betroffenen dar (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 28 S. 247).

Hieraus ergiebt sich für den vorliegenden Fall, daß ein Entschädigungsanspruch der Klägerin bestehen kann, wenn festgestellt wird, daß in dem Absatzgebiete der Klägerin die Benennung „Pilsener Bier" die Bedeutung nicht verloren hat, daß das so bezeichnete Bier aus einer Brauerei in Pilsen herstamme und die Beschaffenheit und den Werth der dort gebrauten Biere habe, woraus sich ergeben würde, daß auch der Beklagte diese Bezeichnung nur in solchem Sinne anwenden konnte. Der Nachweis dafür, daß ihr durch den unter dieser Bezeichnung geübten Konkurrenzbetrieb des Beklagten thatsächlich ein Schaden entstanden sei, und eventuell in welchem Umfange, würde zwar von der Klägerin zu erbringen sein, dabei jedoch die durch § 260 der C.P.O. dem Prozeßgericht übertragene freie Würdigung der Umstände einzutreten haben.

Weiter folgt daraus, daß die fälschliche, auf Täuschung abzielende Herkunftsbezeichnung eine Störung der den redlichen Gewerbebetrieb schützenden Rechtsordnung enthält, das Recht des davon Betroffenen, die Unterlassung dieser Störung in der Zukunft und damit die Sicherung des gesetzmäßigen Rechtszustandes zu fordern. Dabei versteht sich von selbst, daß der Beklagte die widerrechtliche Herkunftsbezeichnung auch mit Genehmigung der Klägerin nicht anwenden darf und daß also insoweit, als der Klageantrag die „ohne Genehmigung der Klägerin" stattfindende Bezeichnung des von dem Beklagten feilgebotenen Bieres als „Pilsener Bier" untersagt wissen will, auf eine andere Fassung desselben hinzuwirken sein wird.

Arrest, Aufhebung wegen veränderter Umstände oder wegen unwirksamer Zustellung des Arrestbefehls. §§ 807, 78, 162, 809 der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 30. Oktober 1895. O. III. 116/94.

Von der Civilkammer I des Landgerichts Chemnitz ist durch die am 17. Januar 1894 erfolgte Zustellung der Klage von dem gegenwärtigen Arrestkläger als Klägerin wider den gegenwärtigen Arrestbeklagten, einen Circusdirektor, als Beklagten ein Rechtsstreit anhängig gemacht worden, welcher einen Schädenanspruch von 1267 ℳ 25 ₰. s. A. zum Gegenstande hat. In diesem Rechtsstreite ist der Rechtsanwalt E. in Chemnitz von dem Beklagten mittelst schriftlicher Vollmacht vom 10. Oktober 1893 für die erste Instanz zu seinem Prozeßbevollmächtigten bestellt worden und auch als solcher aufgetreten. Mittelst am 30. April verkündeten Urtheils ist jedoch der Kläger in erster Instanz mit seiner Klage abgewiesen und zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites verurtheilt worden. Gegen diese Entscheidung hat er Berufung eingelegt, auf welche Verhandlungstermin auf den 27. Oktober 1894, Vormittags 10 Uhr, bestimmt worden ist.

Am 17. März 1894 hat der Kläger zur Sicherung seiner vermeintlichen Ansprüche an den Beklagten im Betrage von 1600 bis 1700 ℳ einen Arrestbefehl des Prozeßgerichts gegen den Beklagten erwirkt, inhalts dessen bis zur Höhe von 1400 ℳ der dingliche Arrest in das Vermögen des Beklagten, welcher damals in Dresden aufhältlich war, aber alsbald nach Wien überzusiedeln beabsichtigte und auch kurz darauf dahin verzogen ist, angeordnet wird. Dieser Arrestbefehl ist am 19. März 1894 für dessen Prozeßbevollmächtigten im Hauptprozesse, dem Rechtsanwalte U. I. in Chemnitz, zugestellt worden. Nachdem die Sicherheit, von deren Leistung der angeordnete dingliche Arrest abhängen sollte, von dem Arrestkläger durch seinen genannten Prozeßbevollmächtigten durch bei der Depositenkasse des Amtsgerichts Chemnitz bewirkte Hinterlegung von Werthpapieren im Nominalbetrage von 1600 ℳ geleistet worden war, ist dem Arrestbeklagten selbst am 20. März 1894 im Auftrage des Arrestklägers eine beglaubigte Abschrift der Ausfertigung des Arrestbefehls, der Zustellungsurkunde vom 19. März 1894, der Depositalquittung von demselben Tage und der Zustellungsurkunde vom 20. März 1894 durch den Gerichtsvollzieher bei dem Amtsgerichte Dresden zugestellt worden, worauf der Arrestbeklagte sofort an den letzteren diejenigen 1400 ℳ baar bezahlt hat, durch deren Hinterlegung nach Inhalt des Arrestbefehls die Vollziehung des in solchem angeordneten dinglichen Arrestes gehemmt und der Arrestbeklagte zu dem Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt werden sollte. Dagegen ist der Arrestbefehl dem oben genannten Prozeßbevollmächtigten des Arrestbeklagten nicht zugestellt worden.

Der letztere hat hierauf durch seinen Prozeßbevollmächtigten bei der Civilkammer I des Landgerichts Chemnitz beantragt, die Aufhebung des Arrestes auszusprechen, und hat diesen Antrag in der landgerichtlichen Verhandlung darauf gestützt, daß inzwischen im Hauptprozesse mittelst jenes Urtheils der Kläger mit der Klage abgewiesen und zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites verurtheilt sowie daß seinem Prozeßbevollmächtigten der Arrestbefehl überhaupt nicht zugestellt worden ist.

Der Arrestkläger hat beantragt, den Arrestbefehl vom 17. März 1894 bis zur Erledigung des Rechtsstreites in zweiter Instanz aufrecht zu erhalten.

Die erste Instanz hat den Antrag des Arrestbeklagten zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung hat der Arrestbeklagte Berufung eingelegt, und zur Begründung der Berufung unter Ueberreichung eines Exemplares des Dresdner Anzeigers vom 29. September 1894 geltend gemacht, er werde am 9. Oktober 1894 seine Circusvorstellungen in Magdeburg schließen und Tags darauf Vormittags gegen 10 Uhr in Dresden, um daselbst Vorstellungen zu geben, eintreffen, es sei sonach, da er zahlungsfähig und nicht mehr im Auslande aufhältlich sei, Grund vorhanden, den erlassenen Arrestbefehl aufzuheben. Er hat noch hinzugefügt, er sei schon von Mitte Juli 1894 ab wieder in Deutschland, und zwar in Cöln am Rhein aufhältlich gewesen und habe daselbst Vorstellungen gegeben und sei von

da nach Magdeburg übergesiedelt, woselbst er seitdem ebenfalls Vorstellungen gebe.

Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Der Arrestbeklagte hat nicht Widerspruch im Sinne von § 804 der C.P.O. gegen den Beschluß erhoben, durch welchen auf seines Gegners Antrag der dingliche Arrest in sein Vermögen auf Höhe von 1400 ℳ unter der Voraussetzung angeordnet worden ist, daß der Antragsteller 1500 ℳ Sicherheit leiste, sondern er hat lediglich wegen veränderter Umstände, und zwar in gegenwärtiger Instanz insbesondere wegen behaupteter Erledigung des Arrestgrundes, die Aufhebung des angeordneten Arrestes beantragt (§ 807 der C.P.O.). Das Berufungsgericht findet aber die von demselben zu dem Zwecke in Bezug genommenen Thatsachen zur Rechtfertigung seines Antrags nicht geeignet.

Allerdings kann, auch wenn die dem Arrestbeklagten günstige Entscheidung der Hauptsache noch nicht rechtskräftig ist, der angeordnete Arrest mit Rücksicht auf diese Entscheidung aufgehoben werden.

Vergl. die Kommentare zur C.P.O. zu § 807 von Seuffert, 6. Aufl., Anm. 3, S. 96 4; von Wilmowski und Levy, 6. Aufl., Anm. 2, S. 1078 flg., Bd. II; Gaupp, 2. Aufl., unt. II, S. 574 Bd. II.

Allein immerhin setzt dies voraus, daß die Sache für den entscheidenden Richter so liegt, daß er überzeugt sein darf, es werde das die Klage bezüglich der zu sichernden Hauptforderung abweisende Urtheil in der Berufungsinstanz Bestätigung finden. Die Ueberzeugung hiervon haben aber die erkennenden Richter auf Grund des ihnen amtlich bekannt gewordenen Streitstoffes des gegenwärtig in zweiter Instanz verhandelten Hauptprozesses zu gewinnen nicht vermocht.

Richtig ist ferner, daß eine gültige, wirksame Zustellung des Arrestbefehles an den Arrestbeklagten nur an dessen Rechtsanwalt im Hauptprozesse hätte erfolgen können (§§ 78 und 162 der C.P.O.). Allein daß eine solche Zustellung nicht stattgefunden hat, giebt noch keinen Grund zur Aufhebung des Arrestes. Eine Vollziehung des Arrestbefehls würde allerdings als nicht mehr zulässig und statthaft erscheinen, wenn man lediglich ins Auge faßt, daß inzwischen die Frist, innerhalb welcher zu dem Zwecke die Zustellung des Arrestbefehls an den Prozeßbevollmächtigten des Arrestbeklagten zu erfolgen gehabt hätte, längst abgelaufen ist (§ 809 der C.P.O. in der Fassung des Gesetzes vom 30. April 1886). Einer Vollziehung des Arrestbefehles bedarf es aber im vorliegenden Falle gar nicht weiter, da der Arrestbeklagte dieselbe, wie ihm nachgelassen war, durch Hinterlegung von 1400 ℳ abgewendet und damit der Arrestkläger den mit seinem Antrage verfolgten Zweck erreicht hat.

Vergl. Rassow und Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XXX, S. 163.

Auf welche Weise der Arrestbeklagte von dem Arrestbeschlusse Kenntniß erlangt hat und wodurch er zur Leistung dieser Sicherheit veranlaßt worden ist,

kommt dabei nicht in Betracht. Es genügt zur Abwendung der Vollziehung des Arrestbefehls, daß er die 1400 ℳ hinterlegt hat. Eine Zustellung des Arrestbefehles hätte nach dieser Hinterlegung keinen Zweck mehr, die rechtlichen Wirkungen dieser Sicherheitsleistung bestimmen sich ausschließlich nach Civilrecht,

— vergl. Gaupp a. a. O. unt. II c. S. 575 und unt. III. S. 576 in Verb. mit S. 416 flg., Bd. II unt. V. —

und für die Berechtigung des Arrestbeklagten zur Rückforderung der geleisteten Sicherheit wäre selbst die Aufhebung des Arrestes nicht ohne weiteres,

— vergl. Entscheidungen des R.G's. in Civ.-Sach., Bd. XXI, S. 380 flg. —

sondern nur die Thatsache maßgebend, daß sich der Zweck der Sicherstellung erledigt hätte (§ 1279 des B.G.B.'s).

Als ein neu hervorgetretener Umstand, welcher die Aufhebung des angeordneten Arrestes zu rechtfertigen vermöchte, könnte auch nicht die Thatsache angesehen werden, daß der Arrestbeklagte seinen Aufenthalt wieder im deutschen Reiche genommen hätte und insbesondere wieder in Dresden Vorstellungen zu geben beabsichtigte, weil nicht ausgeschlossen wäre, daß er später seinen Wohnsitz wieder in das Ausland verlegte und dies gerade zur Zeit der Entscheidung der Hauptsache zu Gunsten des Arrestklägers geschähe, so daß dann eine wesentliche Erschwerung der Vollstreckung des Urtheils zu befürchten stünde. Der mit dem angeordneten Arreste verfolgte Zweck würde daher verfehlt werden, wenn man in dem gegenwärtigen, voraussichtlich nur vorübergehenden Aufenthalte des Arrestbeklagten im Inlande eine Erledigung des Arrestgrundes erblicken wollte.

Hat der Kläger, der gegen eine Zug-um-Zugleistung die Verurtheilung des Beklagten erlangt hat, vor Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung nach §§ 664, 667 der C.P.O. den Nachweis zu führen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt oder den Gegner in Annahmeverzug gesetzt habe? Einwendung des Gegners, daß er die Gegenleistung nicht ordnungsmäßig erhalten habe. Auslegung einer Vereinbarung nur nach billigem Ermessen, nicht nach Willkür einer Partei. § 686 der C.P.O., §§ 768, 860 Satz 2, § 802 Satz 1 des B.G.B.'s, Art. 278 des H.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. Februar 1897. O. IV. 174/96.

In einem von den Parteien in umgekehrter Rolle geführten Rechtsstreite wurde mittels Urtheils der ersten Instanz der jetzige Kläger verurtheilt, an den jetzigen Beklagten 912 ℳ 50 ₰. gegen Empfang von 73 Einpfennig-Automaten zu bezahlen und die Prozeßkosten zu tragen. Der entscheidende Theil des Urtheils enthielt den Beisatz, im übrigen bewende es bei der im Thatbestande mitgetheilten Erklärung des (damaligen) Klägers — er sei bereit, auf den etwaigen Wunsch

des Gegners die noch streitigen, bei ihm zur Ablieferung schon bereit stehenden 73 Automaten statt auf den Einwurf von 1 Pfennig auf den Einwurf von anderen in- oder ausländischen gangbaren Scheidemünzen einzurichten —, welcher Kläger auf etwaiges Erfordern des (damaligen) Beklagten nachzukommen habe. Die gegen das Urtheil vom (damaligen) Beklagten eingewendete Berufung wurde vom O.L.G. zurückgewiesen.

Nachdem der jetzige Beklagte auf Grund der Urtheile im Vorprozesse den Gegner unter Aushändigung von 73 Stück Einpfennig-Automaten hatte auspfänden lassen, erhob dieser Klage mit dem Antrage, die Pfändung wieder aufzuheben, festzustellen, daß Beklagter aus den erwähnten Urtheilen gegen den Kläger nur gegen Lieferung von 73 gut funktionirenden Würfelautomaten mit Einwürfen und Tabellen nach sehr verschiedenen ausländischen Münzsorten*) vorgehen dürfe, und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreites einschließlich des vorausgegangenen Verfahrens wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung, aufzuerlegen; er machte noch geltend, der im Klaggesuch enthaltene Antrag auf Feststellung enthalte die Angabe der Gründe, aus denen die Aufhebung der Pfändung verlangt werde; die erwähnten 73 Automaten funktionirten auch nicht gut. Der Beklagte bestritt dies.

Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Die Gründe des Berufungsurtheils lauten:

Der Kläger macht mit der Klage geltend, daß die ihm bei der Zwangsvollstreckung am 20. Juli 1896 durch den Gerichtsvollzieher als Zug-um-Zugleistung des Beklagten übermittelten 73 Würfelautomaten den Anforderungen nicht entsprechen, die er daran nach Maßgabe des zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses und der Entscheidungen im Vorprozesse stellen könne, da sie nicht in der von ihm in früheren Briefen und nunmehr in der Klagschrift beschriebenen Weise eingerichtet seien und an sich nicht gut funktioniren.

Während im Hinblick darauf, daß der Beklagte nach den Entscheidungen des Vorprozesses eine Zug-um-Zugleistung zu bewirken hatte und, die Leistung des Klägers anlangend, der in der C.P.O. § 779 geordnete besondere Fall nicht vorliegt, es dem Beklagten nicht angesonnen werden konnte, vor Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung gemäß der C.P.O. §§ 664, 667 den Nachweis zu führen, daß er die ihm obliegende Leistung bewirkt oder doch den Kläger in Annahmeverzug gesetzt habe,

Motive zu § 664 der C.P.O.; Eccius, bei Gruchot, Beiträge, Bd. 23

*) Der Kläger verlangte in der Klage, wie auch schon vorher in Briefen vom 13. und 14. Juli 1896, der Beklagte solle je 10 Automaten auf Zweiheller mit ungarischer, auf Einpenny Afrikanische Republik mit englicher, 1 Piaster Ägypten mit französischer, 10 Bani mit rumänischer, 1 Piaster mit türkischer, 2½ Cents mit niederländischer Tabelle und je 5 Automaten auf 5 Oere mit norwegischer auf 10 Oere Silber mit schwedischer Tabelle, endlich 3 Automaten auf 10 Centimes mit französischer Tabelle einrichten.

S. 740; Klemm in den Annalen des O.L.G.'s, Bd. 5 S. 51 flg.; Juristische Wochenschrift 1889, S. 479 Nr. 6; Seuffert's Archiv, Bd. 37 Nr. 278; Gruchot, Beiträge, Bd. 32 S. 429; Kommentare zur C.P.O. von Reincke, 3. Aufl. S. 677 flg.; v. Wilmowski und Levy, 7. Aufl., sowie Struckmann und Koch, 6. Aufl., zu § 664 Anm. 1; Gaupp, 2. Aufl. zu § 664 Anm. II; Planck, Lehrbuch des Civilprozeßrechts, Bd. 2 S. 657 flg.

Anderer Meinung: Weismann, Feststellungsklage, S. 127; Fitting im Archiv für civilr. Praxis, Bd. 61 S. 436 flg.; Kohler im Archiv für civilr. Praxis, Bd. 72 S. 28 flg.; Wach, Vorträge, 2. Aufl. S. 322 flg.

konnte dem Kläger auch nach der Ansicht des Berufungsgerichts nicht verwehrt werden, sein erwähntes Vorbringen auf dem in der C.P.O. § 686 geordneten Klagewege geltend zu machen. Denn dieses enthält Einwendungen materiell-rechtlicher Natur, welche darauf hinauslaufen, daß der Kläger die Zahlung, zu der er im Vorprozesse verurtheilt worden ist, zurückhalten will, weil er die ihm gebührende Gegenleistung nicht ordnungsmäßig empfangen habe (B.G.B. §§ 768, 860 Satz 2). Die Einwendungen des Klägers richten sich mithin gegen den im Vorprozesse festgestellten Anspruch des Beklagten, und zwar gleichviel, ob sie sich auf rein objektive Mängel der Automaten gründen oder auf Verschiedenheit der Auslegung des Inhalts der Urtheile beruhen.

Vergl. die Kommentare zur C.P.O. von Reincke, 3. Aufl. S. 696; v. Wilmowski und Levy, 7. Aufl. zu § 686 Anm. 2; Struckmann und Koch, 6. Aufl., sowie Seuffert, 7. Aufl. zu § 664 Anm. 2 a. E. und zu § 686 Anm. 1 und besonders Gaupp, 2. Aufl. zu § 686 Anm. I; Planck, Lehrbuch des Civilprozeßrechts, Bd. 2 S. 692; Juristische Wochenschrift 1889 S. 306 Nr. 11; Gruchot, Beiträge, Bd. 32 S. 428.

Anderer Meinung: Wach, Vorträge, 2. Aufl. S. 324 flg. unter 3.

Die vorige Instanz ist zur Abweisung der Klage gelangt, indem sie angenommen hat, durch die Hinzufügung des Satzes, es bewende bei der im Thatbestande mitgetheilten Erklärung des Beklagten, welcher dieser auf etwaiges Erfordern des Klägers nachzukommen habe, sei die im Urtheile des Vorprozesses vorher getroffene Entscheidung, wonach der Kläger zur Zahlung gegen Empfang von 73 Einpfennigautomaten verurtheilt worden sei, nicht in dem Sinne beschränkt worden, daß auch die Zahlungspflicht des Klägers von der Erfüllung jener Verpflichtung abhängig sein solle. Die damit von der vorigen Instanz verneinte Frage, ob jener Zusatz eine Bestimmung über die Beschaffenheit der vom Beklagten zu bewirkenden Zug um Zugleistung enthalte, darf jedoch nach Lage der Sache unbeantwortet bleiben.

Dieselben 73 Automaten, welche dem Kläger am 20. Juli 1896 ausgehändigt

worden sind, waren unstreitig bereits zur Zeit des Vorprozesses fertig gestellt, und zwar als Einpfennigautomaten. Dementsprechend hatte sich der Beklagte im Klaggesuche zur Lieferung von Einpfennigautomaten erboten. Die überwiegende Mehrzahl der bisher vom Kläger abgenommenen 127 Stück Automaten hatte nach der von diesem selbst gegebenen Zusammenstellung aus Einpfennigautomaten bestanden, nur wenige Stücke waren auf Einwerfung von Zweiheller oder holländischen Eincentstücken eingerichtet, andere Münzen kamen nicht in Betracht. Im Prozesse machte der Kläger geltend, er habe nicht Einpfennigautomaten bestellt, sondern den Einwurf zu bestimmen gehabt und dazu jede gangbare in- und ausländische Münze wählen können. Wenn hierauf der Beklagte erklärte, er sei bereit, auf den etwaigen Wunsch des Klägers die bei ihm zur Ablieferung schon bereit stehenden 73 Automaten statt auf 1 Pfennig auf den Einwurf von anderen in- oder ausländischen gangbaren Scheidemünzen einzurichten, so kann das nach den begleitenden Umständen nur dahin verstanden werden, daß er sich zur Abänderung der bereitstehenden Automaten, der bisherigen Geschäftsverbindung entsprechend, auf den Einwurf leicht erhaltbarer Münzen von ähnlicher Größe und Schwere, wie die Einpfennigstücken, verstehe. H.G.B. Art. 278. Er unterwarf sich hierdurch nicht der Willkür, sondern dem billigen Ermessen des Klägers (B.G.B. § 802 Satz 1).

Bei dieser Sachlage kann es nur als Ueberschreitung der für die Ausübung des Ermessens dem Kläger gezogenen Grenzen angesehen werden, indem er in der Klage — unter theilweiser Beschränkung seines in den Briefen vom 13. und 14. Juli 1896 gestellten noch weiter gehenden Verlangens — beansprucht, der Beklagte solle die Automaten in der angegebenen Weise (vergl. oben Anm.) nach den verschiedensten Münzsystemen einrichten.

Dieses Verlangen erscheint willkürlich und enthält eine unbillige Beschwerung des Beklagten. Es entspricht nicht der bisherigen Geschäftsverbindung. Die vom Kläger gewählten Münzen weichen großentheils in Größe und Schwere von den Einpfennigstücken, auf die die Automaten bereits eingerichtet sind, offenkundig so erheblich ab, daß es sich bei deren Einrichtung auf die ersteren nicht um eine Abänderung, sondern um eine der Neuherstellung nahekommende durchgreifende Umarbeitung des Mechanismus handeln würde. Auch durfte der Beklagte, wie dem Kläger nicht entgehen konnte, voraussetzlich nicht ohne weiteres — am allerwenigsten in der gestellten achttägigen Frist — in der Lage sein, sich die als Muster nöthigen ausländischen Münzen und den Text zu den Tabellen in den verlangten ausländischen Sprachen zu verschaffen. Es sieht daher fast so aus, als sei das Verlangen des Klägers gar nicht ernst gemeint, sondern bezwecke nur, dem Gegner Schwierigkeiten zu bereiten. Doch darf dies dahingestellt bleiben. Denn keinesfalls erscheint der Beklagte verpflichtet, den unbilligen Anforderungen des Klägers gegenwärtig zu entsprechen, noch war er es bei Empfang der früheren

Briefe. Dem Klagantrage konnte deshalb, soweit die Abänderung der Automaten in Frage steht, nicht entsprochen werden.

Es wird dann noch ausgeführt, daß der weitere Einwand des Beklagten, daß die Automaten nicht gut funktioniren, schon im Vorprozesse durch die Beweiserhebung widerlegt ist.

Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten gegenüber dem klagenden österreichischen Staatsangehörigen. §§ 247⁴, 102 der C.P.O. Handels- und Zollvertrag zwischen dem deutschen Reiche und Oesterreich-Ungarn vom 6. December 1891 (Art. 19, Art. 3).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. December 1896. O. I. 133/96.

Der zu Saatz in Böhmen wohnende Kläger erhebt Klage auf Erlassung eines Vollstreckungsurtheils nach § 660 der C.P.O. auf Grund eines von ihm gegen den Beklagten erwirkten Urtheils des österreichischen Bezirksgerichts zu Saatz vom 16. August 1882. Der Beklagte behauptet, daß der Kläger österreichischer Staatsangehöriger sei und schützt die prozeßhindernde Einrede mangelnder Sicherheit für die Prozeßkosten vor (§ 247⁴, verb. mit § 102 der C.P.O.).

Diese Einrede ist durch Zwischenurtheil vom 19. Mai 1896 verworfen worden.

Der Beklagte wendet Berufung mit dem Antrage ein, die Einrede für beachtlich zu erklären und die Klage abzuweisen.

Der Kläger ist in der Berufungsverhandlung nicht erschienen.

Der Beklagte bat um Erlaß des Versäumnißurtheiles.

Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Bei dem Nichterscheinen des Klägers, der gültig geladen war, ist zwar die von ihm in der ersten Instanz nicht beantwortete Behauptung des Beklagten, daß der Kläger österreichischer Staatsangehöriger sei, nach den §§ 296 und 504 Abs. 2 der C.P.O. für zugestanden anzusehen. Gleichwohl mußte die Berufung nach § 504 Abs. 1 verb. mit § 296 Abs. 2 der C.P.O. zurückgewiesen werden, da auch das Berufungsgericht die prozeßhindernde Einrede des Beklagten für unbegründet hält.

Wie im Eingange der in den Annalen des Oberlandesgerichtes Bd. 9 S. 171 flg. veröffentlichten Entscheidung hervorgehoben wird, handelt es sich bei der Frage nach der Anwendung der Ausnahmevorschrift in § 102 Abs. 2 Nr. 1 der C.P.O. darum, ob das Gesetz den ausländischen Staaten das Zugeständniß der Gleichbehandlung ihrer Unterthanen mit den deutschen Klägern schon dann machen will, wenn von den ausländischen Staaten die formelle Gegenseitigkeit der Gleichbehandlung der Deutschen mit den dortigen Inländern gewährt wird, oder nur dann, wenn auch die materielle Gegenseitigkeit besteht, also wenn auch in den ausländischen Staaten ebenso wie in Deutschland der Kläger als solcher

von einer Sicherheitsleistung gegenüber dem Beklagten befreit ist. Nach der ersten Auslegung kann gegenüber einem österreichischen Staatsangehörigen die Bestimmung in § 102 Abs. 1 der C.P.O. deshalb nicht angewendet werden, weil die österreichischen Prozeßgesetze eine Vorschrift nicht haben, daß Ausländer gerade wegen ihrer Eigenschaft als solche vorschußpflichtig seien (§ 33 des österr. B.G.B.'s Ullmann, das österreichische Prozeßrecht § 59 S. 152, zu vergl. dagegen wegen der ungarischen Gesetze Bekanntmachung des Justiz-Min. vom 18. Mai 1896, Justiz-Min.-Bl. 1896 S. 39). Folgt man dagegen der zweiten Meinung, so ist den österreichischen Unterthanen die Anwendung der Ausnahmevorschrift von § 102 Abs. 2 Nr. 1 deshalb nicht zuzugestehen, weil die österreichischen Gesetze, im Gegensatze zum deutschen C.P.O., von gewissen Ausnahmen abgesehen, jeden Kläger für vorschußpflichtig erklären, also materielle Gegenseitigkeit nicht gewähren.

Die Streitfrage hat auch durch den zwischen dem Deutschen Reiche und Oesterreich-Ungarn abgeschlossenen Handels- und Zollvertrag vom 6. December 1891 (Reichsgesetzbl. 1892 S. 3 flg.) keine Erledigung gefunden; insbesondere ist in Art. 19 die Gleichstellung der beiderseitigen Unterthanen nur in Bezug auf den Antritt, den Betrieb und die Abgaben, von Handel und Gewerbe sowie betreffs einiger anderer hier nicht einschlagender Verhältnisse festgesetzt und auch die in Art. 2 vereinbarte Meistbegünstigung ist nicht in der Ausdehnung zugestanden worden, daß vermöge ihrer den österreichischen Staatsunterthanen nunmehr auch diejenigen Vergünstigungen zu statten kommen müßten, die das deutsche Reich in mehreren Handelsverträgen mit anderen Staaten betreffs der Gleichbehandlung ihrer Unterthanen vor den Gerichten zugestanden hat (z. B. Handelsvertrag mit Italien vom 6. December 1891 Art. 3, R.G.Bl. 1892 S. 100, mit Rußland vom $\frac{\text{10. Februar}}{\text{29. Januar}}$ 1894 Art. 2, R.G.Bl. 1894 S. 155; Erler in Busch's Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 21 S. 274 flg.). Insofern steht die Streitfrage für das Verhältniß zwischen Deutschland und Oesterreich noch jetzt auf dem nämlichen Standpunkte, wie beim Erlasse der schon erwähnten Entscheidung des Oberlandesgerichts. Wenn nun auch das Berufungsgericht keineswegs die große Zweifelhaftigkeit der Streitfrage verkennt, so hat es doch auch gegenüber den neueren Entscheidungen und wissenschaftlichen Ausführungen, die zu einem abweichenden Ergebnisse gelangt sind (vergl. außer den Nachweisen im angefochtenen Urtheile besonders noch Erler a. a. O. S. 259 flg.), nicht die Ueberzeugung erlangen können, daß die von ihm früher gewonnene und im veröffentlichten Urtheile eingehend begründete Ansicht irrig sei. Vielmehr hält es diese Ansicht auch jetzt noch für die richtigere. Sie findet überdies noch weitere Unterstützung in einem Urtheile des Kammergerichts zu Berlin in der Zeitschrift für internat. Recht Bd. 1 S. 690 flg., sowie in den Ausführungen Fuld's in der nämlichen Zeitschrift Bd. 4 S. 321 und von Schrutka-Rechtenstamms in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 11 S. 286 flg., der insbesondere

auch auf die schon in den Annalen Bd. 9 S. 175 hervorgehobene und bei der Verschiedenheit der Gesetzgebungen oft kaum lösbare Schwierigkeit hinweist, die bei Befolgung der entgegengesetzten Meinung für den deutschen Richter daraus entstehen würde, daß er jeweilig zu prüfen haben würde, ob der deutsche Unterthan im gleichen Falle, d. h. wenn er den streitigen Anspruch in Oesterreich verfolgen würde, von einer Sicherheitsleistung gegenüber dem Beklagten befreit sein würde oder nicht (vergl. auch Erler a. a. O. S. 267).

Anfechtung eines Vertrages, der nicht unmittelbar zwischen dem Gemeinschuldner und dem zu befriedigenden Gläubiger, sondern durch Vorschiebung eines Dritten abgeschlossen worden ist (§ 23 1, 2 der K.O.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 24. Oktober 1895. O. I. 61/95.

Mit der Kommanditgesellschaft E. M. & Co. hat der Kläger am 30. Oktober 1894 einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem er mehrere Wagen und Pferde von ihr für 4500 ℳ käuflich erworben hat. Am 24. November 1894 ist zum Vermögen der genannten Kommanditgesellschaft Konkurs eröffnet worden. Der Beklagte D. als Konkursverwalter hat die im Vertrag erwähnten, noch im Besitz der Gemeinschuldnerin vorgefundenen Gegenstände zur Masse gezogen. Der Kläger erwirkte eine einstweilige Verfügung, die dem Verwalter deren Veräußerung untersagte, und erhob gegen ihn Klage mit dem Antrage, ihn zur Aussonderung der im Vertrage erwähnten Pferde und Wagen aus der Konkursmasse, zu deren Herausgabe an den Kläger, sowie zur Bezahlung der diesem durch die einstweilige Verfügung erwachsenen Kosten zu verurtheilen.

Die Gemeinschuldnerin hatte einen ihr vom Kreditverein zu K., dessen Vorstandsmitglied der Kläger ist, ursprünglich bis zu 3000 ℳ, dann bis zu 2300 ℳ eröffneten Wechselkredit voll in Anspruch genommen und war demselben am 30. Oktober 1894 aus noch nicht fälligen, zu diesem Zweck gezogenen Wechseln 2400 ℳ schuldig geworden. Sie hatte außerdem beim Kreditverein wiederholt Kundenwechsel diskontirt, von denen einzelne unter Protest gegangen und vom Kreditverein beglichen worden waren.

Auf den Antrag des Beklagten, der den Eigenthumserwerb des Klägers bestritten und eingewendet hatte, daß der Vertrag als verschleierter Pfandvertrag nichtig sei und eventuell aus § 23, 1, 2, § 24 der K.O. angefochten werde, ist die Klage auf Grund der Anfechtungseinrede in beiden Instanzen abgewiesen worden.

In dem Berufungsurtheile wird zunächst ausgeführt, daß die Gemeinschuldnerin sich bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses im Zustande der Zahlungseinstellung befunden hatte und weiter bemerkt:

Der Vertrag hat den offenbaren Zweck verfolgt, die Forderungen des Kreditvereins zur Tilgung zu bringen. Um die Bezahlung eines Theils dieser Forderungen war der persönlich haftende Gesellschafter M. unmittelbar vorher vom

Kassirer des Kreditvereins F. in Gegenwart des Klägers gemahnt worden, der seinerseits in seiner unstreitigen Eigenschaft als Vorstandsmitglied des Kreditvereins an der Ordnung dieser Angelegenheiten mittelbar interessirt war. An ihn hat sich M. bei Gelegenheit und aus Veranlassung der Zahlungsaufforderung mit der Bitte gewendet, für ihn einzuspringen und dazu hat sich der Kläger in der Weise bereit erklärt, daß er die Verpflichtung übernahm, die gesammten Verbindlichkeiten der Gemeinschuldnerin gegen den Kreditverein, auch soweit sie noch nicht fällig waren, in der Gesammthöhe von 4624 ℳ 20 ₰. zu tilgen und sich hierfür die im Vertrag genannten Gegenstände ins Eigenthum übertragen ließ. Er hat denn auch alsbald den Kreditverein befriedigt und dazu 4500 ℳ, den im Vertrag angenommenen Kaufpreis, aus seinen Mitteln aufgewendet, während die verbleibenden 124 ℳ 20 ₰. ihm zu diesem Zweck von M. bei Abschluß des Vertrags baar gewährt worden sind.

Wäre der Vertrag unmittelbar zwischen der Schuldnerin und deren Gläubiger abgeschlossen worden, um im Wege der Aufrechnung mit der kontrahirten Kaufpreisforderung die Befriedigung des Letzteren herbeizuführen, so würde er zweifellos der Anfechtung aus § 23,2 K.O. unterliegen; denn er gewährte dann einem Konkursgläubiger, dem Kreditverein, eine Befriedigung für zum Theil noch nicht einmal fällige Forderungen, die derselbe in dieser Art noch nicht zu beanspruchen hatte und benachtheiligte die andern Konkursgläubiger, indem er zur Folge hatte, daß Gegenstände, aus denen sie ihre Befriedigung hätten suchen können, aus dem Vermögen des Schuldners ohne das entsprechende Entgelt ausgeschieden sind,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10, S. 6 flg., Bd. 15, S. 63, Bd. 24, S. 134, Bd. 33, S. 122.

Diese Befriedigung des Kreditvereins ist aber auch der Zweck des angefochtenen Vertrages, nur ist sie auf einem Umweg durch Einschiebung des Klägers erreicht worden. Derselbe übernahm die Verpflichtung, den Gläubiger der Schuldnerin zu befriedigen und zwar that er das nicht auf Grund eines nach Abschluß des Vertrages ihm ertheilten Auftrages oder einer nachträglich von ihm erklärten Schuldübernahme, sondern es war dies von vornherein der Zweck des Vertrages und eine von ihm mit dessen Abschluß übernommene Verflichtung. Die Sachlage ist somit eine wesentlich andere, als wenn der Kläger bezahlt und die Schuldnerin nunmehr die Forderungen des Kreditvereins gedeckt hätte oder dies nachträglich auf Grund einer Anweisung der Letzteren zur Erfüllung seiner Zahlungspflicht vom Kläger geschehen wäre. Es ist die Gegenleistung des Klägers gar nicht in das Vermögen der Schuldnerin gelangt und ihrer Verfügung zugänglich geworden. Vielmehr hatte sich der Kläger durch die mit M. getroffene Vereinbarung, die sich wegen ihres zeitlichen und sachlichen Zusammenhanges mit demselben nicht von dem angefochtenen Kaufvertrag trennen läßt, zur Tilgung der Forderungen des Kreditvereins verpflichtet. Er schuldete diese Leistung auf Grund des angefochtenen

Vertrages, der somit die Befriedigung des Konkursgläubigers zum Inhalt gehabt hat.

Daß aber diese nothwendig eine Benachtheiligung der übrigen Konkursgläubiger in sich schließen mußte, bedarf nach der dargelegten Sachlage keines besonderen Nachweises. Es genügt der Hinweis darauf, daß ein erheblicher Theil der Forderungen überhaupt noch nicht fällig war, und daß auch für die fällig gewordenen Forderungen nur ein Recht auf Zahlung bestand, wozu die Schuldnerin außer Stande gewesen ist, nicht aber auf Befriedigung durch Hingabe von Mobilien, auf welchem Wege hier die Tilgung der betreffenden Forderungen indirekt mit dem Erfolge einer ungünstigeren Gestaltung der Konkursmasse, als es ohne das Dazwischentreten des angefochtenen Vertrages geschehen wäre, herbeigeführt worden ist.

Der damit nach § 23, 2 K.O. begründeten Anfechtungseinrede würde der Kläger nur mit dem Nachweis begegnen können, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses weder die Zahlungseinstellung der nachherigen Gemeinschuldnerin, noch eine Absicht derselben, den Kreditverein vor ihren übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt gewesen sei. Dieser Beweis ist nicht nur nicht geführt, sondern das Gegentheil nachgewiesen. Das wird näher ausgeführt und dann bemerkt: Die dem Kläger damit bekannt gewordenen Thatsachen, in denen der objektive Thatbestand der Zahlungseinstellung gefunden worden ist, konnten auch ihn darüber nicht im Unklaren lassen, daß die Gemeinschuldnerin ihre Zahlungen eingestellt habe und daß die mit ihm verabredete Befriedigung des Kreditvereins auf dem Umwege des angefochtenen Vertrages eine Bevorzugung desselben vor den sonstigen Gläubigern in sich schließe,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 23, S. 115, Wengler's Archiv N. F. Bd. 7, S. 182.

Die rechtliche Beurtheilung, die hiernach auch die vom Kläger gegebene Sachdarstellung zu finden hat, läßt die Einrede endlich auch aus § 23 Ziffer 1 K.O. begründet erscheinen, sofern sie — im Gegensatz zu den in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 27, S. 99 und Bd. 29, S. 77 flg. behandelten anders gestalteten Fällen — nach dem Ausgeführten zu der Feststellung führt, daß die Konkursgläubiger nach dem mit dem angefochtenen Vertrag verfolgten Zweck und der zu dessen Erreichung getroffenen gleichzeitigen und von ihm untrennbaren Vereinbarung durch die Eingehung des Vertrages selbst schon benachtheiligt worden sind.*)

---

*) Anm. der Red. Die nämlichen Grundsätze wurden angewendet in einem Urtheile vom 29. Januar 1897 (O. IV. 170/96). Hier hatte der Schuldner sein Geschäft an einen Dritten und dieser dasselbe weiter an die Beklagte, die Schwiegermutter des Schuldners, veräußert. Es wurde angenommen, daß die Veräußerung von Anfang an zwischen der Beklagten und dem Schuldner in der Weise bezweckt worden sei, daß zunächst ein unbetheiligter Dritter,

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Das Reichsgericht hat bereits in einem Beschlusse vom 11. 3. 1882 (Entsch. Bd. 6 S. 398 flg.) ausgesprochen, nach § 88 Abs. 1 der C.P.O. enthalte die Anordnung, daß die Kosten gegeneinander aufgehoben seien, zugleich den Ausspruch, daß die Gerichtskosten von den Parteien zu gleichen Theilen zu tragen seien. An dieser Auffassung ist festzuhalten, da die Ausführungen der Beschwerdeführer keine Veranlassung geben, davon abzugehen. Von dem dargelegten Standpunkte aus erscheint aber die Beschwerde als unbegründet. Es ist allerdings wünschenswerth, daß bei einer Anwendung des § 88, wie sie hier in Frage steht, ausdrücklich im Urtheile gesagt wird, wie es bezüglich der Gerichtskosten zu halten sei. Wenn das Gericht, das die Tragweite seine Anordnung kennen muß, bezüglich der Gerichtskosten nichts sagt, muß aber angenommen werden, diese seien von den Parteien je zur Hälfte zu tragen, während im Uebrigen keine Partei Ersatz der von ihr aufgewendeten Kosten beanspruchen dürfe. Das erkennende Gericht darf der im Urtheil getroffenen Anordnung nicht nachträglich eine andere als diejenige Bedeutung beilegen, welche sich aus der richtigen Auffassung der im Gesetze vorgesehenen Maßregel ergiebt. Das O.L.G. hat hiernach mit Recht angenommen, bezüglich der vom Kläger ausgelegten Gerichtskosten sei eine Festsetzung erforderlich. B. R. II. 53/97 vom 2. 4. 97.

2. Zutreffend wird von dem Kläger hervorgehoben, die Vorinstanz habe mit Unrecht den darüber zugeschobenen Eid, daß der Beklagte gewußt, die in Rede stehende Hypothek stehe außerhalb der Werthsgrenze, aus dem Grunde, weil es es dabei auf ein Urtheil ankomme, für unzulässig erachtet. Es kann dahingestellt bleiben, ob, falls es sich um eine Abschätzung des durch die Hypothek belasteten Grundstücks handelte, dem Beklagten mit Rücksicht auf die ihm zufolge seiner Lebensstellung beiwohnenden Erfahrungen eine genügende Sachkenntniß zuzumuthen sei, um von ihm unter Zugrundelegung der vom R.G. in Bd. 15, S. 337 der Entsch. in Civils. ausgesprochenen Rechtsauffassung einen Eid über jene Werthsbemessung verlangen zu können. Vorliegend steht eine Eideszuschiebung darüber in Frage, daß der Beklagte g e w u ß t habe, die Hypothek überschreite den Werth des Immobile. Solches Wissen ist eine Thatsache, welche den Gegenstand einer zwar nicht äußeren, aber doch inneren Wahrnehmung bildet und über die daher nach § 410 der C.P.O., wie das R.G. schon vielfach ausgesprochen hat, die Eideszuschiebung zulässig ist. . . VI. 319/96 vom 15. 2. 1897.

3. Das O.L.G. hatte, nachdem die Parteien einen prozeßgerichtlichen Vergleich geschlossen hatten, nach mündlicher Verhandlung den B e s c h l u ß verkündet, daß jede weitere Verhandlung in der Sache abgelehnt werde, weil der Rechtsstreit durch

durch diesen aber die Beklagte das Geschäft erwerben solle. Die Veräußerung wurde demnach in gleicher Weise für anfechtbar erklärt, als wenn sie direkt zwischen der Beklagten und ihrem Schwiegersohne vorgenommen worden wäre.

den Vergleich in seinem vollen Umfange erledigt sei. Das R.G. erklärte diesen Beschluß für prozeßordnungswidrig. „Ueber die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung gestellten Sachanträge ist, solange die Partei dabei beharrt, unter allen Umständen schließlich durch Urtheil zu entscheiden. Es giebt keinen gesetzlichen Grund, aus welchem das Gericht jede Verhandlung und Entscheidung über die gestellten Anträge endgültig ablehnen dürfte. . . Wie das Verfahren sich in einem Falle gestalten würde, wo eine der Parteien etwa trotz eines ergangenen Endurtheils den Prozeß noch fortzusetzen verlangte, braucht hier nicht erörtert zu werden, da dieser Fall nicht vorliegt. Jedenfalls wirkt auch ein prozeßgerichtlicher Vergleich keineswegs in prozessualer Beziehung durchaus wie ein Urtheil, vergl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 37 S. 418, auch etwa Bd. 19 S. 362. Die Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde ist nach dem Vorgange der Entsch. des R.G. in Civils. Bd. 30 S. 343 und Bd. 32 S. 401 auf Grund der allgemeinen Bestimmung in § 530 der C.P.O. angenommen werden. Daß der angenommene Beschluß thatsächlich nach vorgängiger mündlicher Verhandlung ergangen ist, ist rechtlich unerheblich. Man kann nicht sagen, daß er zu den eine vorgängige mündliche Verhandlung erfordernden Entscheidungen gehörte; denn ein solcher Beschluß ist eben im Gesetze überhaupt nicht vorgesehen und darf gar nicht erlassen werden. Es ist aber durch ihn „ein das Verfahren betreffendes Gesuch" zurückgewiesen, nämlich das durch Stellung des Sachantrages ausgedrückte Verlangen des Beklagten, daß über den vorliegenden Rechtsstreit überhaupt nach ordnungsmäßiger mündlicher Verhandlung durch Urtheil vom Berufungsgericht entschieden werde. B. R. VI. 54/97 vom 20. 3. 1897.

4. Die Kläger rügten in einer Hamburger Erbschaftssteuer-Sache, daß bei Auslegung eines irrevisiblen Hamburger Gesetzes gegen die gemeinrechtlichen Regeln über die Gesetzesauslegung verstoßen und die vom O.L.G. angenommene Gesetzesauslegung von ihm nicht genügend begründet worden sei. Das R.G. bemerkte hiergegen: Eine besondere Begründung für die Auslegung eines irrevisiblen Gesetzes ist prozessualisch so wenig erforderlich, wie für die Auslegung eines revisiblen Gesetzes, und die sogenannten gemeinrechtlichen Regeln für die Auslegung der Gesetze sind keine Rechtssätze höherer Ordnung, welche über den Partikulargesetzen schwebten, sondern nur wissenschaftliche Maximen. Bei anderer Auffassung würde es gar keine Irrevisibilität von Gesetzen geben, da bei jeder falschen Auslegung nothwendig die richtigen Grundsätze der Auslegung verletzt sein müssen. Darin, daß der III. Civils. des R.G.'s vor langer Zeit in einzelnen Fällen wegen Verletzung gemeinrechtlicher Regeln bei der Auslegung irrevisibler Gesetze ein Urtheil aufgehoben hat, liegt kein Grund, die Rechtsfrage jetzt nach § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes an die vereinigten Civilsenate zu verweisen; denn längst hat sich die Praxis des R.G.'s im entgegengesetzten Sinne festgestellt, und insbesondere hat der jetzt urtheilende Senat wiederholt so erkannt. R.G. VI. Civils. Urth. vom 4. 3. 1897. VI. 438/96.

5. Dem Berufungsrichter ist darin unbedenklich beizutreten, daß Platzgeschäft, nicht Distanzgeschäft vorliegt. Beide Parteien domicilirten in Berlin. Der Kläger hatte die Waare von B. & Co. in Hamburg gekauft, als sie in Antwerpen lagerte oder nach Hamburg schwamm. Er hat an die Beklagte frei Hamburg oder ab Hamburg verkauft. Die Beklagte hatte die Waare in Hamburg abzunehmen und hat sie in Hamburg durch ihren Spediteur abgenommen und nach Kopenhagen versandt. Das Merkmal des Distanzgeschäftes im Sinne des Art. 347 des H.G.B's., daß der Verkäufer die Waare dem Käufer behufs Erfüllung des Kaufvertrages von einem andern Ort zu übersenden und übersendet hat, fehlt hiernach. Kontrahirt ist über Waare, die in Hamburg vom Verkäufer zu übergeben und vom Käufer zu nehmen war. Das in Berlin geschlossene Geschäft war in Hamburg zu erfüllen, Art. 324, 342 des H.G.B's. Das macht das Geschäft nicht zu einem Distanzgeschäft. Vgl. Entsch. des Reichs-O.H.G.'s. Bd. 13 S. 392, Bd. 23 S. 59, Bd. 18 S. 130; Entsch. des R.G's. Bd. 33 S. 33. Darnach ist Art. 347 des H.G.B's. mit Recht nicht zur Anwendung gebracht.

Auf die Frage, ob die Beklagte des Rechts, die Mängel der Waare zu rügen, nach Art. 17 Titel 8 Theil II des Hamburger Statuts dadurch verlustig gegangen ist, daß sie die Waare ohne Rüge angenommen und versandt hat, ist der Berufungsrichter nicht eingegangen, weil nichts dafür erbracht sei, daß die in Berlin domicilirenden Parteien die in Berlin geschlossenen Verträge einem anderen als dem in Berlin geltenden Rechte haben unterwerfen wollen. Und es ist richtig, daß nach den §§ 335 flg., 331, 343 Tit. 5 Thl. I des A.L.R. die Beklagte weder die Einrede noch die Klage aus dem festgestellten Mangel verloren haben würde. Dem Berufungsrichter kann hier aber nicht beigetreten werden. Der Vertrag ist in Berlin geschlossen über in Hamburg befindliche, dort zu gebende und zu nehmende Waare. Erfüllungsort war Hamburg. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die auch in der Preuß. Praxis konstant befolgt sind, würde die Frage des Eigenthumsüberganges an der in Hamburg übergebenen Waare zweifellos nach dem Hamburger Statut zu entscheiden sein. Entsch. des Pr.O.-T. Bd. 32 S. 353. Da der Vertrag in Hamburg zu erfüllen, entscheidet grundsätzlich das Hamburger Recht über alle Streitpunkte aus dem Kauf, auch über die Voraussetzungen der Wandelungsklage. Entsch. des Reichs-O.H.G's. Bd. 3 S. 81, 83, Bd. 15 S. 134. Der Satz des Berufungsrichters, es sei nichts dafür erbracht, daß die in Berlin domicilirenden Parteien sich dem Hamburger Recht haben unterwerfen wollen, greift nicht durch. Bei der Sachlage war dafür nichts beizubringen, vielmehr waren Umstände festzustellen, aus denen zu entnehmen, daß die Parteien sich, trotzdem daß sie über Waare in Hamburg kontrahirten, dem dortigen Recht nicht haben unterwerfen wollen. Das kann daraus allein, daß sie in Berlin domicilirten, nicht folgen ... I 357/96 v. 24. 2. 1897.

6. In der Gebrauchsmusterrolle ist als Gebrauchsgegenstand dem Antrage des Beklagten entsprechend bezeichnet:

Vor dem Brennen der Länge nach eingeschnittenes Thonrohr. Damit ist deutlich zum Ausdruck gebracht, daß die neue Gestaltung der Längsschnitt eines ungebrannten Thonrohrs ist. Die Musterrolle und die der Anmeldung beigegebene Beschreibung bezeichnen auch den Gebrauchszweck. Das Thonrohr bewahrt den Einschnitt beim Brennen. Dasselbe soll nach dem Brennen gespalten werden, damit dann die gespaltenen Thonrohre zum Bedecken von Telegraphen-, Telephondrähten, Gasrohren und ähnlichen Gegenständen verwendet werden.

Daß Gegenstände dieser Art mit gespaltenen Thonrohren bedeckt werden, hat der Beklagte als neuen Zweck für sich nicht in Anspruch genommen; die Klägerin behauptet, daß sie schon vor der Anmeldung des Beklagten gespaltene Thonrohre hergestellt und zu diesem Zweck offenkundig verwendet oder geliefert habe. Es sind also nicht gespaltene Thonrohre überhaupt die neue Gestaltung, welche der Beklagte für sich in Anspruch nimmt. Vielmehr ist der neue Gebrauchszweck allein die leichtere Spaltbarkeit, welche dem gebrannten Thonrohre dadurch gesichert werden soll, daß das ungebrannte Thonrohr mit einem Längsschnitt versehen wird.

Es könnte gefragt werden, ob die Schutzfähigkeit dem angemeldeten Gegenstande nicht schon um deswillen abzusprechen sei, weil die Spaltung die gebrannte Thonröhre in der Gestalt, welche ihr der Anmeldung entsprechend gegeben ist, vernichtet und zu vernichten bestimmt ist, sodaß die Spaltbarkeit nicht ein dauernder Zweck des hergestellten Gebrauchsgegenstandes ist. In der Literatur und in der Rechtsprechung ist die Ansicht vertreten, daß unter Gebrauchsgegenständen solche zu verstehen seien, die ihrer Natur nach dauernd dem Arbeits- oder Gebrauchszweck zu dienen geeignet sind und deren Gebrauchszweck nicht lediglich in ihrer Verbrauchbarkeit besteht — vergl. u. A. Paul Schmidt, die Gesetze zum Schutz des gewerblichen Eigenthums S. 225 zu § 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1891, und die dortigen Citate.

Es darf aber bezweifelt werden, daß diese Ansicht in ihrer Allgemeinheit richtig ist. Ein Briefumschlag z. B. ist dazu bestimmt, nur einmal gebraucht und durch den Gebrauch verbraucht zu werden. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß der Gebrauchszweck der Briefumschläge durch eine neue Gestaltung derselben in höherem Grade gesichert, die Verwendung erleichtert, bequemer gemacht wird. In solchem Falle eignet sich auch das neue Modell eines Briefumschlags zum Schutz als Gebrauchsmuster nach Maßgabe des Gesetzes vom 1. Juni 1891. Die Dauer, welche das durch ein Modell darstellbare Arbeitsgeräth oder Gebrauchsobjekt haben muß, um Gegenstand eines Musterschutzes zu werden, hat eine andere Bedeutung. Es ist nicht die Dauer im Gebrauch, aber jedenfalls die Dauer, welche die gewerbliche Verwerthbarkeit des Gegenstandes in der neuen Gestaltung ermöglicht, die man für ein gewerbliches Muster fordern muß. Denn

immer handelt es sich bei dem Gesetz vom 1. Juni 1891 um gewerbliche Muster. Den Musterschutzberechtigten ist deshalb auch nach § 4 des Gesetzes das Recht zugesprochen, die nachgebildeten Gegenstände allein in Verkehr zu bringen oder feilzuhalten.

Dem Revisionskläger kann zugegeben werden, daß auch Halbfabrikate, welche als solche nicht Gegenstand unmittelbarer Verwendung sind, Gegenstand des gewerblichen Musterschutzes sein können. Sind solche Halbfabrikate Gegenstände des Veredelungsverkehrs, die gewerblich veräußert und erworben werden, um in einer anderen Fabrik mittelst eines besonderen Verfahrens der Vollendung entgegengeführt, und so in einen Zustand gebracht zu werden, in welchem sie unmittelbar zu verwenden sind, so dienen sie schon als Halbfabrikate dem Gewerbe, sie sind für dieses Gebrauchsgegenstand. Und wird dem Halbfabrikat eine neue Gestaltung gegeben, in welcher es dem Gebrauchszweck besser dient, als die bisherigen Halbfabrikate, so ist es musterschutzfähig.

Aber ungebrannte Thonröhren mit Längsschnitten sind nicht Gegenstände des gewerblichen Verkehrs, und sollen es auch nach der Idee des Beklagten nicht sein. Derselbe hat sein Modell nicht zu dem Zweck angemeldet, damit seine ungebrannten Thonröhren mit solchem Längsschnitte oder die gebrannten Thonröhren, die vor dem Brande mit dem Längsschnitte versehen sind, einem anderen Gewerbe dargeboten werden, damit es von diesem gebrannt oder nach dem Brande durch einen Hammerschlag zum Gebrauch als Halbrohre fertiggestellt werde.

Vielmehr ist jener Einschnitt lediglich ein Durchgangsstadium der Fabrikation in der Fabrik, die gespaltene Halbrohre herstellt.

Bei einer solchen Lage der Sache unterscheidet sich das Neue, welches der Beklagte unter Schutz gestellt wissen will, nicht mehr von einem Verfahren, das angewendet wird, und angewendet werden soll, um den Gegenstand besser und zweckmäßiger herzustellen, welcher zum unmittelbarem Gebrauch dargeboten wird. Und für diesen Gegenstand, die gespaltenen Halbrohre, hat der Beklagte einen Musterschutz nicht erlangt.

Ein Verfahren ist aber nicht musterschutzfähig. Die Instanzrichter haben deshalb mit Recht gemäß § 6 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 auf Löschung des Musters erkannt. Und die Sache war auch nicht anders zu beurtheilen, wenn, wie der Beklagte nach dem Berichtigungsbeschlusse vom 14. Dezember 1896 behauptet hat, der Musterschutz für die gebrannten aber noch ungespaltenen Röhren erlangt worden wäre... I 2/97 vom 3. 3. 1897.

7. Es kann dem Revisionskläger zugegeben werden, daß es zweifelhaft sein mag, ob der Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft, der nach seinem Statut wie nach dem Genossenschaftsgesetz vom 1. 5. 1889 § 25 durch zwei Mitglieder zeichnen muß, einem einzelnen Vorstandsmitglied mit Rechtswirkung gegen Dritte Vollmacht dahin ertheilen kann, daß derselbe einen ganzen Geschäftszweig, hier die Entgegennahme von Darlehen, allein verwaltet. Der Einwand

ist sehr scheinbar, daß es sich bei solchem Geschäftsgebahren nicht sowohl um die Bestellung eines Bevollmächtigten im Sinne des § 40 des Genossenschaftsgesetzes oder eines Handlungsbevollmächtigten im Sinne des H.G.B.'s als um die Umgehung der gesetzlichen und statutarischen Vorschrift handelt. Und dieser Einwand wird gestärkt durch den Hinweis auf den Abs. 2 des § 40, wonach die Bestellung von Prokuristen oder von Handlungsbevollmächtigten zum gesammten Geschäftsbetriebe nicht stattfindet, sowie durch die Erwägung, daß es gerade der Zweck der Einrichtung einer Kassenkontrolle, die Zuziehung eines zweiten Vorstandsmitgliedes zur Quittungsleistung ist, Unredlichkeiten und Unterschlagungen des Kassirers zu verhüten. Allein ein anderer Gesichtspunkt macht sich geltend, wenn, wie im vorliegenden Falle, Jahre hindurch, ja Jahrzehnte hindurch, nicht bloß der Vorstand, sondern die ganze Genossenschaft ein Verfahren geduldet hat, das sich in schreienden Widerspruch mit dem Statut setzte. Wurden bei der beklagten Genossenschaft regelmäßig die Sparkassenbücher in der Form ausgestellt, daß der Kassirer allein auf dem Umschlage unterschrieb, und nahm der Kassirer Darlehne allein in Empfang, ohne auch nur die Zuschreibungen in den Sparkassenbüchern seinerseits zu unterschreiben, so läßt sich nicht anders annehmen, als daß dies Verfahren in D. (dem Sitze der Genossenschaft) allgemein bekannt geworden ist und auch der Genossenschaft selbst bekannt war. Duldeten dies die Genossen aber, ohne dagegen einzuschreiten, so müssen sie auch die nachtheiligen Folgen tragen und sind nicht berechtigt, dieselben auf das Publikum abzuwälzen. Es steht der Genossenschaft die Einrede der Arglist entgegen, wenn sie sich, nachdem sie Jahre lang geduldet hat, daß ihre Geschäfte in dieser Weise dem Publikum gegenüber verwaltet wurden, den Verbindlichkeiten durch Berufung auf die entgegenstehenden Formvorschriften des Statuts entziehen will. (Bolze, Praxis, Bd. 17 Nr. 232) I. 363/96 vom 27. 2. 1897.

Literatur.

Besprechungen.

Die Reichsgewerbeordnung in ihrer dermaligen Fassung nebst den damit in Verbindung stehenden Reichs- und Sächsischen Landesgesetzen von Dr. A. v. Bernewitz, Geh. Regierungsrath im Kgl. Sächs. Ministerium des Innern. Sechste Auflage, 1897. 826 Seiten. 10 ℳ.

Auf dem Gebiete des Gewerberechts ist in den letzten Jahren wieder so viel Neues hervorgebracht worden, daß die vorliegende neue Auflage der Bernewitz'schen Gewerbeordnung doppelt dankbar begrüßt werden muß. Ueber dieses Werk nach seiner Anlage und seinem Inhalt im Allgemeinen noch ein Wort der Anerkennung zu sagen, wäre verfehlt, da es in

der Praxis der sächsischen Gerichte und Verwaltungsbehörden längst die maßgebende Stellung erlangt hat, die ihm gebührt; bemerkt mag nur werden, daß es sich immer mehr zu einem vollständigen Kommentar auswächst, ohne dabei von seinen besonderen Vorzügen, Kürze und Uebersichtlichkeit etwas einzubüßen.

Im Einzelnen sind gegenüber der fünften im Jahre 1893 erschienenen Auflage in der vorliegenden vor Allem die mannigfaltigen Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 6. August 1896 dem Texte einverleibt und verarbeitet und die Vorschriften des Art. III des Gesetzes vom 19. Juni 1893, betreffend Ergänzung der Bestimmungen über den Wucher, bei § 35 der Gewerbeordnung eingerückt worden. Außerdem sind die zahlreichen neuen Bekanntmachungen des Bundesraths zu §§ 105d, 120e und 139a der Gewerbeordnung, die Bekanntmachung betreffend Ausführungsbestimmungen zur Gewerbeordnung vom 27. November 1896 und die Bekanntmachung der Kreishauptmannschaften über die Sonntagsruhe in den unter § 105e der Gewerbeordnung fallenden Gewerbebetrieben vom 21. bezw. 23. März 1895, die aus den Verordnungen vom 18. Juni 1895 und 6. März 1896 sich ergebenden Abänderungen der Ausführungs-Verordnung und die Verordnung zur weiteren Ausführung des Gesetzes über die Gewerbegerichte vom 25. Januar 1893 aufgenommen worden. Im Anhange finden sich bereits die Neuerungen, die durch Art. 36 des Einführungsgesetzes zum Deutschen bürgerlichen Gesetzbuche werden eingeführt werden. Die seit dem Jahre 1893 veröffentlichten Entscheidungen sind sorgfältig nachgetragen; zu vermissen ist nur in der Anmerkung zu § 9 der Gewerbeordnung die Entscheidung Annalen 17, S. 317 flg. Auch fehlt S. 706 unter den Gewerbegerichten das der Stadt Glauchau, Justizministerialblatt 1893, S. 99.

Landrichter Dr. Gallenkamp, Bautzen.

Autorrecht und Rechtssystem. Litterarische und kritische Studie von Dr. v. Freydorf. Mannheim, J. Bensheimers Verl., 1894. 5 M.

Dem Verfasser ist Autorrecht Eigenthum. Freilich ist dieser Satz erkauft mit einer fast völligen Preisgebung der seither anerkannten Grenzen des Eigenthumsbegriffs, insbesondere mit seiner Loslösung sowohl von der Körperlichkeit des Gegenstandes, als auch von dessen thatsächlicher Beherrschung durch den Eigenthümer. Ausschließlichkeit des Rechts und als Objekt ein bloßer Begriff mit oder ohne sachliches Substrat genügen dem Verfasser zur Konstruktion des Eigenthumsbegriffs, doch wird, da diese Merkmale auch allen andern Rechten zukommen, nebenbei erfordert, daß der den Gegenstand des Eigenthums bildende „Begriff" vorhanden, landläufig und verständlich, nicht erst im Kopfe des Juristen gebildet sein müsse. Daß das Urheberrecht einen solchen Begriff zum Gegenstande habe, wird ohne näheren Nachweis behauptet.

Der Verfasser fühlt selbst, daß ihm die Lösung der Streitfrage nicht beschieden zu sein scheine.

Landgerichtsdirektor Fuchs, Leipzig.

Abhandlungen.

Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

Von Oberjustizrath Tränkner in Dresden.

Der Grundsatz der Formfreiheit ist bereits im gemeinen, im sächsischen und im Handelsrecht anerkannt. Im Einklang hiermit enthielten Entw. I in § 91 Abs. 1 und Entw. II in § 104 Abs. 1 die übereinstimmende Vorschrift:

„Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur (dann) erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist."

Der Entw. III (Reichstagsvorlage) und in Uebereinstimmung damit das Gesetzbuch haben zwar von Aufnahme dieser Vorschrift abgesehen,*) andrerseits aber einen allgemeinen Grundsatz über die Nothwendigkeit einer Form nicht aufgestellt. Es gilt also auch hiernach die Regel der Formfreiheit. Nur wird diese Regel durch mehrfache Ausnahmen durchbrochen, die namentlich im Sachen-, Familien- und Erbrecht besondere Bedeutung gewinnen. Deshalb sowie wegen der Wichtigkeit der Form (vergl. § 125) verlohnt es sich wohl der Mühe, diese Ausnahmefälle einer Betrachtung zu unterziehen.

Das Gesetz kennt hauptsächlich folgende Arten von Formen:

A) Einfache Schriftlichkeit,
B) Oeffentliche Beglaubigung,
C) Gerichtliche oder notarielle Beurkundung.
D) Errichtung eines Geschäfts vor Gericht (Richter) oder Notar bezw. anderen Behörden (Grundbuchamt).

Ueberdies wird noch bei einzelnen rechtsgeschäftlichen bezw. mit rechtlichen Wirkungen ausgestatteten Handlungen eine besondere Mitwirkung von Behörden vorgeschrieben, z. B. bei der Eheschließung nach § 1317, bei der Annahme an Kindesstatt nach § 1741 Satz 2 u. a. m.**)

*) Die Weglassung ist deshalb erfolgt, weil es sich von selbst versteht, daß eine Form nur insoweit erforderlich ist, als das Gesetz sie vorschreibt, vergl. Dr. Planck, Kommentar z. D. B.G.B. (bis jetzt Lieferung 1 und 2 erschienen) zu § 125 1. Buch S. 175 unter 1.

**) Ueber das örtliche Geltungsgebiet der Form vergl. Art. 11 des Einf.-G. und Dr. Endemann, Einführung in das Studium des D.B.G.B. III. Aufl. 1. Th. § 18. S. 74.

Im Nachstehenden sollen namentlich die unter A—D erwähnten gesetzlichen Formen besprochen werden. Vorauszuschicken ist, daß der Mangel der durch Gesetz vorgeschriebenen Form die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts zur Folge hat, § 125. Das Geschäft gilt vor Vollendung der Form als nicht geschlossen, ein Anspruch auf Errichtung oder Vollendung der Form besteht nicht, selbst dann nicht, wenn die Parteien über den gesammten Inhalt des Rechtsgeschäfts sich mündlich geeinigt haben (übereinstimmend hiermit Sächs. G.B. § 824). Selbst freiwillige Erfüllung heilt den Mangel nur in Ausnahmefällen, z. B. bei dem schenkweise abgegebenen Versprechen (§§ 518 Abs. 2, 2301 Abs. 2 bei der Bürgschaftserklärung [§ 766 Satz 2][1a]). Die gleiche Wirkung wie das gesetzliche Formgebot hat im Zweifel auch das auf Rechtsgeschäft (Vertrag) beruhende (§ 125 Satz 2, abweichend: § 823 des Sächs. G.B.'s)[1b]). Dies gilt sowohl bei Verträgen, für deren Errichtung die Betheiligten eine Beurkundung vereinbart haben, als auch dann, wenn in einem gültig errichteten Rechtsgeschäfte (Vertrag, Testament) für einseitige, das zwischen den Parteien begründete Rechtsverhältniß berührende Willenserklärungen, z. B. Kündigung, Mahnung, Rücktritt vom Vertrage u. s. w. besondere Formvorschriften getroffen worden sind. Bei dem rechtsgeschäftlichen Formgebote gilt jedoch diese Regel, wie schon erwähnt, nur im Zweifel, wenn nicht eine entgegengesetzte Absicht der Betheiligten erhellt. Dies würde z. B. dann der Fall sein, wenn für einen bereits gültig (ohne Form) geschlossenen Vertrag nachträglich eine Form verabredet wird. Hier darf nach der Absicht der Parteien davon ausgegangen werden, daß durch die Form nur ein Beweismittel für das Zustandekommen des Vertrags geschaffen werden solle. Abgesehen hiervon können natürlich die Betheiligten von der Formvereinbarung wieder abgehen, denn wie es in ihrem Belieben steht, die Form zu vereinbaren, so können sie diese Vereinbarung auch wieder aufheben. Ob sie das letztere beabsichtigt haben, wird in jedem einzelnen Falle zu prüfen sein, die Absicht kann auch aus Handlungen und Erklärungen gefolgert werden, die einen anderen Schluß nicht zulassen. vergl. hierüber namentlich Dr. Planck, Kommentar a. a. O. S. 176.***)

Zu A

sollen unter I zuächst die einzelnen Fälle der einfachen schriftlichen Form aufgeführt und hieran unter II einige allgemeine Bemerkungen angeschlossen werden.

1a) Auch die Vorschrift in § 313 Satz 2 (nachträgliches Gültigwerden eines ohne Beobachtung der in Satz 1 vorgeschriebenen Form abgeschlossenen Grundstücksveräußerungsvertrages, wenn die Auflassung und Eintragung des Grundstückserwerbers im Grundbuche erfolgt ist) kann hieher gerechnet werden.

1b) Nach Sächs. Recht ist im Zweifel anzunehmen, daß die Betheiligten mit der Form blos die Erlangung eines Beweismittels bezweckt haben. Nach D.G.B. gilt die entgegengesetzte Auslegungsregel.

***) Ueber die Bedeutung der Punktation (§ 827 S.G.B.) nach D.G.B. vergl. Dr. Haidlen Kommentar z. D.B.G.B. 1. Bd. S. 150.

I. Der einfachen Schriftlichkeit unterliegen:

1. das Stiftungsgeschäft unter Lebenden, d. i. die einseitige oder auch vertragsmäßige Erklärung, durch die der Stifter seinen Willen erklärt, eine Stiftung zu einem gewissen Zwecke zu errichten und dieser Stiftung Vermögen zusichert, auch die erforderlichen Bestimmungen für die Verfassung der Stiftung trifft (§§ 81, 85).

Der Entw. III (§ 78 Abs. 1) erforderte gerichtliche oder notarielle Beurkundung, die Reichstagskommission erachtete jedoch einfache Schriftlichkeit für ausreichend, da in dem Erfordernisse der staatlichen Genehmigung (§§ 77 des Entw., § 80 des G.B.'s) eine genügende Garantie für die Unzweifelhaftigkeit und Sicherheit der in dem Stiftungsgeschäft enthaltenen Willenserklärung zu finden sei.[1])

Die einfache Schriftlichkeit genügt jedoch blos für das Stiftungsgeschäft unter Lebenden, für das Stiftungsgeschäft von Todeswegen ist die Testamentsform nach § 2231 flg. erforderlich.

2. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen zur Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts Seiten des letzteren nach § 111 Satz 2.

Unter Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist die vorherige Zustimmung zu verstehen, im Gegensatze zur Genehmigung, d. i. die nachträgliche Zustimmung.*) Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist nach § 111 Satz 1 unwirksam. Es kann auch nicht durch nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirksam werden, im Gegensatze zum zweiseitigen Rechtsgeschäfte (§ 108 Abs. 1).

Die Einwilligung, die dem Minderjährigen gegenüber zu ertheilen ist, kann an sich auch mündlich ertheilt werden. Nimmt aber der Minderjährige mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ein einseitiges Rechtsgeschäft vor, so ist das Rechtsgeschäft trotzdem unwirksam, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in *schriftlicher Form* vorlegt, und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn der Vertreter den Anderen schon vorher von der Einwilligung — gleichviel ob schriftlich oder mündlich — in Kenntniß gesetzt hatte. Hier ist die Zurückweisung des Rechtsgeschäfts ausgeschlossen (§ 111 letzter Satz).

Die schrifliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist in dem vorangegebenen Falle nicht blos Beweismittel, sondern wesentliche Voraussetzung der Gültigkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts selbst. Es leiden daher auf sie auch die nachstehend unter II dargelegten Erfordernisse Anwendung. In gleicher Weise

[1]) Bericht der Reichstagskommission (BRTK) S. 18 flg. — Reichstagskommission wird mit RTK Reichstag mit RT abgekürzt werden.

*) §§ 183 und 184. Im Vormundschaftsrechte wird jedoch diese Unterscheidung nicht aufrecht erhalten, hier wird unter Genehmigung sowohl die vorgängige, als die nachträgliche Zustimmung verstanden (§§ 1829—1832).

muß auch die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts sowie des Gegenvormundes zu einem einseitigen Rechtsgeschäfte in schriftlicher Form vorgelegt werden (§ 1831 Satz 2, § 1832). Weist der Andere bei Nichtvorlegung schriftlicher Genehmigung das Rechtsgeschäft deshalb unverzüglich zurück, so ist letzteres unwirksam, wenn auch die Genehmigung thatsächlich ertheilt war.

3. Die Quittung (§ 368 Abs. 1), wenn nicht der Schuldner ein rechtliches Interesse daran hat, daß die Quittung in anderer Form ertheilt wird (§ 368 Abs. 2).

4. Die nach § 416 Abs. 1 Satz 1 vorgeschriebene Mittheilung des Veräußerers eines mit einer Hypothek wegen einer Schuld des letzteren belasteten Grundstücks an den Gläubiger. Nach der angezogenen Gesetzesvorschrift kann, wenn der Erwerber eines derartigen Grundstücks die Schuld des Veräußerers übernimmt, der Gläubiger nur dann die Schuldübernahme genehmigen und dadurch den Schuldübernehmer zu seinem persönlichen Schuldner machen, wenn der Veräußerer ihm die Schuldübernahme mittheilt. Für diese Mittheilung wird in Abs. 2 Satz 2 Schriftlichkeit erfordert, eine blos mündliche Mittheilung hat also keine Wirksamkeit.

5. Für Mieth- und Pachtverträge über ein Grundstück, die für längere Zeit als auf ein Jahr abgeschlossen werden (§ 566 verb. § 581). Wird die schriftliche Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen, die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres zuläßig. Aber selbst wenn der Vertrag unter Beobachtung der schriftlichen Form, jedoch für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen ist, kann nach Ablauf von dreißig Jahren jeder Theil das Vertragsverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist kündigen (§ 567 Satz 1). Nur dann ist die Kündigung unzuläßig, wenn der Vertrag für die Lebenszeit des einen oder des anderen Theiles geschlossen ist (§ 567 Satz 2).

6. Die Bürgschaftserklärung (§ 766 Satz 1). Die schriftliche Form wurde auf Antrag der Reichstagskommission vorgeschrieben. Gleichzeitig wurde aber Satz 2 des § 766 beigefügt, wonach der Mangel der Form insoweit geheilt wird, als der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt. Die Annahme der Bürgschaftserklärung ist an die schriftliche Form nicht gebunden. Ein Antrag, auch für die Schuldübernahme (§ 414) Schriftlichkeit einzuführen, wurde abgelehnt.

7. Die Ertheilung eines Leibrentenversprechens (§ 761). Von der R.T.K. eingeschaltet.

8. Die Anweisung (§ 783) und die Annahme einer solchen Seiten des Angewiesenen (§ 784 Abs. 2). Der schriftliche Vermerk, durch den die Annahme zum Ausdrucke gelangt, muß auf der Anweisung selbst bewirkt werden. Auch die Uebertragungserklärng, mittelst deren der Anweisungsempfänger die Anweisung nach § 792 Abs. 1 Satz 1 auf einen Dritten übertragen kann, bedarf der schrift-

lichen Form, die aber hier nicht auf der Anweisungsurkunde selbst zum Ausdrucke gebracht zu werden braucht (§ 792 Abs. 1 Satz 2).

9. Das selbständige Schuldversprechen (§ 780) und das Schuldanerkenntniß (§ 781). Ausnahme: wenn das Schuldversprechen oder das Schuldanerkenntniß auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs ertheilt wird (§ 782). Die Annahme des Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses braucht nicht schriftlich zu erfolgen.

10. Die Abtretung der Forderung, für die eine Briefhypothek besteht, sowie die Abtretung einer Grundschuld (§§ 1154, 1192). Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann jedoch durch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch ersetzt werden (§ 1154 Abs. 2). Auch kann der neue Gläubiger öffentliche Beglaubigung der schriftlichen Abtretungserklärung verlangen (§ 1154 Abs. 1 Satz 2).

11. Die dem abgetretenen Schuldner vom neuen Gläubiger vorzulegende Erklärung des abtretenden Gläubigers über die Abtretung (§ 410).

12. Die Zustimmung der Vereinsmitglieder zu einem ohne vorausgegangene Mitgliederversammlung gefaßten Beschlusse (§ 32) sowie das Verlangen nach Berufung einer Mitgliederversammlung im Falle von § 37 Abs. 1.

II. Hierzu ist noch Folgendes zu bemerken:

1.) Zur Erfüllung der gesetzlich gebotenen Schriftform ist erforderlich, daß die Urkunde vom Aussteller unterzeichnet wird und zwar:

a) eigenhändig und

b) entweder aa) durch Namensschrift oder bb) mittelst Handzeichens, das aber gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß (§ 126).

Zu a.) Mit dem Erfordernisse der Eigenhändigkeit der Unterschrift ist ausgeschlossen, daß der Erklärende sich eines Anderen zum Schreiben seiner Unterschrift bedienen kann (vergl. hierüber Mot. I, S. 185). Selbstverständlich kann man eine Urkunde auch durch einen Vertreter unterschreiben lassen. Allein hier hat der letztere die Urkunde mit seinem Namen eigenhändig zu vollziehen. Dann ist eben der Vertreter, nicht der Vertretene der Aussteller der Urkunde, die zu Folge der Vertretungsmacht für oder gegen den Vertretenen wirkt.*) Sache desjenigen, der von der Urkunde gegen den Vertretenen Gebrauch macht, ist es alsdann, das Vertretungsverhältniß darzuthun und zugleich nachzuweisen, daß der Vertreter sich als solchen bei Vollziehung der Urkunde zu erkennen gegeben habe (vergl. im Uebrigen §§ 164 flg.).

Zu b), aa). Die Namensunterschrift hat die Person des Ausstellers hinreichend zu kennzeichnen. Die Motive zu Entw. I § 92 sagen hierüber:

*) In diesem Sinne ist die Bemerkung bei Planck, a. a. O. S. 177 unter 2 zu verstehen. Man kann nicht seinen Namen durch einen Dritten unterschreiben lassen, vergl. auch Haidlen, Kommentar a. a. O. S. 152.

Die Zeichnung mit dem Familiennamen oder der Firma unbedingt zu erfordern, ist Anstand genommen, weil gewisse Personen, insbesondere erlauchte bei der Unterschrift sich herkömmlich nur des Vornamens bedienen, auch nicht selten Personen mit einem ihnen nicht zukommenden oder von ihnen angenommenen Namen unterzeichnen (Mot. I, S. 185).

Zeitlich braucht die Unterzeichnung der Herstellung des Textes nicht nachzufolgen, sie kann vielmehr (wie beim Blankett) auch voraufgehen. Quervermerk ist für die im Gesetzbuch vorgesehene Unterschrift nicht zulässig. Ebensowenig Namensunterdruck. Ausnahme: § 793 Abs. 2 Satz 2.

Zu b, bb). Das gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen genügt auch dann, wenn der Aussteller des Schreibens kundig ist, ebenso gleichgültig ist es, ob der Aussteller am Schreiben behindert war oder nicht. Andererseits bedarf es auch bei Analphabeten, Blinden und Taubstummen weiterer Schutzmaßregeln nicht.

Die Beifügung des Ortes und der Zeit der Ausstellung gehört an sich nicht zu den wesentlichen Erfordernissen der Schriftlichkeit (Mot. I, S. 185). Anders bei der nachstehend unter 5 erwähnten Art der Schriftlichkeitsform.

2.) Bei einem schriftlichen Vertrage (zweiseitigen Rechtsgeschäfte), über den nur eine einzige Urkunde aufgenommen wird, gehört zur Vollendung der Form, daß diese Urkunde von sämmtlichen Betheiligten unterzeichnet wird. Blos wenn mehrere gleichlautende Vertragsurkunden aufgenommen werden, braucht jede Partei nur die für die andere bestimmte Urkunde zu unterzeichnen (§ 126 Abs. 2). Diese letztere Vorschrift ist namentlich mit Rücksicht auf die Vertragschließung unter Abwesenden geschaffen und entspricht der Bestimmung in § 825 des S.G.B. Bei einer Vertragsschließung der letzteren Art (unter Abwesenden) muß jedoch nach § 130 noch hinzukommen, daß die nur von einem der Betheiligten unterschriebene Urkunde dem anderen zugeht. Erst dann ist die schriftliche Willenserklärung wirksam.

Das Wesen der schriftlichen Vertragsform ist hiernach in der Regel die zweiseitige Schriftlichkeit. Hieraus folgt, daß auch bei solchen Verträgen, durch die eine Partei der anderen lediglich Vortheile einräumt, nicht die Unterschrift der ersteren allein genügt, sondern auch die der anderen erforderlich ist. Ausnahmsweise läßt jedoch das Gesetz bei einzelnen Verträgen auch eine einseitige Schriftlichkeit ausreichen, z.B. beim Bürgschaftsvertrage, wo nur die Bürgschaftserklärung, sowie beim selbständigen Schuldversprechen und beim Schuldanerkenntniß, wo nur das Versprechen und die Anerkennungserklärung, nicht aber auch die Annahme schriftlich zu geschehen braucht (§ 766, §§ 780 und 781). Ebenso auch beim Leibrentenversprechen (§ 761) sowie bei der Abtretungserklärung nach § 1154. Die Annahme kann mündlich oder auch stillschweigend durch Nehmen der Urkunde erfolgen.

Andererseits ist es bei zweiseitiger Schriftlichkeit eines unter Anwesenden

geschlossenen Vertrags gleichgültig, ob die von sämmtlichen Vertragstheilen unterzeichnete Vertragsurkunde in die Hände eines der Betheiligten gelangt oder nicht, sowie ob die mehreren gleichlautenden Urkunden, nachdem jede Partei die für den Gegner bestimmte unterzeichnet hat, ausgetauscht werden oder nicht.*) Der einmal erfolgte schriftliche Abschluß bleibt auch dann bindend, wenn die Urkunde hinterdrein von dem Aussteller ohne Genehmigung des anderen Theils vernichtet wird oder verloren geht. Nur bei dem Vertragsschlusse unter Abwesenden leidet diese Regel eine Ausnahme (s. oben unter 2 und § 130 Abs. 1).

3.) Die gesetzliche Form der Schriftlichkeit wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung (s. weiter unten) ersetzt. Dagegen genügen Briefe und Telegramme nicht. Der Entwurf I (§ 92 Abs. 2) hatte zwar telegraphische Uebermittelung unter der dort vorgesehenen Voraussetzung zugelassen, die folgenden Entwürfe und das Gesetzbuch haben jedoch von Aufnahme dieser Bestimmung abgesehen. Anders bei der gewillkürten Schriftlichkeit, s. nachstehend unter 4.

4.) Auch durch Vereinbarung der Parteien, die an sich an keine besondere Form gebunden ist, kann für ein Rechtsgeschäft eine besondere Form, insbesondere die Schriftlichkeit festgesetzt werden. Für die solchergestalt gewillkürte Schriftform gelten nach § 127 im Zweifel dieselben Regeln, wie für die gesetzliche. Nur soll hier zur Wahrung der Form, soweit nicht ein anderer Wille der Parteien anzunehmen ist, telegraphische Uebermittelung und bei einem Vertrage Briefwechsel genügen (§ 127). Der Entwurf III (§ 123) ließ nur telegraphische Uebermittelung als Ersatz zu. Auf Antrag der RTK wurde jedoch auch briefliche Korrespondenz für ausreichend angesehen (vergl. B RTK S. 27); hierdurch ist die bei den Berathungen der RTK aufgeworfene Zweifelsfrage, ob nach dem Entwurf eine briefliche Offerte, die telegraphisch angenommen sei, Rechtswirkung haben könne, im bejahenden Sinne entschieden. Andrerseits ist, wie dies auch schon nach Entwurf III anzunehmen war, bei telegraphischer Uebermittelung nicht mehr erforderlich, daß die Aufgabeschrift unterschrieben oder unterzeichnet sei (vergl. Entw. I, § 92 Abs. 2, § 93) und ebenso bei Verträgen nicht mehr, wie nach Entw. I, § 94) gleichlautende Fassung der beiderseitigen Telegramme nothwendig, sondern es genügt in ersterer Beziehung, wenn die Aufgabeschrift von dem angeblichen Absender wirklich herrührt und in letzterer, wenn die ausgetauschten Telegramme nur inhaltlich übereinstimmen.

---

*) Im Entw. I § 94 Abs. 1 Satz 2 war die Hingabe der den Aussteller bindenden Urkunde an dem Vertragsgegner gefordert. Dieses Erforderniß ist aber — abgesehen von dem Vertrage unter Abwesenden — von der II. Kommission gestrichen worden. In diesem Sinne ist das von Dr. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. III. Aufl. 1. Th. S. 278 unter II über die Nothwendigkeit der Begebung der Urkunde Gesagte zu verstehen. Natürlich müssen aber auch hier die der Vollziehung der Urkunden vorausgegangenen empfangsbedürftigen Willenserklärungen eines jeden Theils dem anderen zugegangen sein, vergl. Endemann, Einführung pp. §§ 66 und 67 S. 274 flg.

Wegen der Unzulänglichkeit der Telegramme für den Beweiszweck war schon im Entwurf III § 123 Abs. 3 bestimmt, daß der Empfänger berechtigt sein soll, die Herstellung der schriftlichen Form (§ 122) zu verlangen. Diese Vorschrift ist im Gesetzbuche nicht nur wiederholt, sondern auch auf den Briefwechsel ausgedehnt worden. Der Inhalt eines Vertrags ist aus der brieflichen Korrespondenz oft nur mühsam herauszulesen, es kann daher diese Art der schriftlichen Form leicht zu Streitigkeiten führen. Die Bestimmung am Schlusse von § 127 hat daher ihren guten Grund. Die dort eingeräumte Berechtigung kann nöthigenfalls im Klagwege verfolgt werden.

5.) Außer der im Vorstehenden geschilderten Schriftlichkeit kennt das Gesetzbuch noch eine Art der schriftlichen Form in der Gestalt des schriftlichen Privattestaments (§ 2231 Ziff. 2). Zur Wahrung dieser Form ist jedoch nothwendig, daß die das Testament enthaltende schriftliche Erklärung nicht blos vom Erblasser unterschrieben, sondern auch eigenhändig geschrieben, sowie daß Ort und Tag darunter angegeben ist (vergl. hierüber weiter unten zu D.)

Zu B.,

I.) Die öffentliche Beglaubigung einer Erklärung (§ 129) bezieht sich nicht auf den Inhalt der Erklärung, sondern auf die Echtheit der Unterschrift. Während bei der einfachen Schriftform die Echtheit der Namensunterschrift, d. h. also der Umstand, daß die Unterschrift von dem Aussteller herrührt, im Falle Bestreitens noch zu beweisen ist, wird bei der öffentlichen Beglaubigung dieser Nachweis durch die von einer öffentlichen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar bewirkte Beurkundung der Echtheit erbracht. Die Erklärung muß deshalb schriftlich abgefaßt und die Unterschrift von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar „beglaubigt“ werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittelst Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs. 1 vorgeschriebene, also gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend, es muß also hier die Beglaubigung entweder von einem Gericht, oder von einem Notar bewirkt werden. Im Uebrigen bleibt es bis zum Erlasse reichsgesetzlicher Vorschriften der Landesgesetzgebung überlassen, die Zuständigkeit der Behörden bezw. Beamten sowie das Verfahren für die Beglaubigung zu regeln.

Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt.

Durch die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift wird ebenso wie durch eine Privaturkunde, deren Echtheit auf andere Weise dargethan wird, bis zum Beweise des Gegentheils voller Beweis dafür erbracht, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung von dem Aussteller abgegeben worden ist (vergl. auch § 381 der C.P.O.) Deßungeachtet erhält die Urkunde durch die Unterschriftsbeglaubigung

nicht die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde im Sinne von § 380 der C.P.O.*) Es bleibt daher zum mindesten fraglich, ob die blose Unterschriftsbeglaubigung in den Fällen der §§ 1718, 1720 Abs. 2 des Gesetzbuchs genügt.

II.) Die Form der öffentlichen Beglaubigung kommt nach dem Gesetzbuche namentlich in Betracht:

1. bei den Anmeldungen zum Vereinsregister (§ 77),

2.) „bei dem schriftlichen Anerkenntnisse des Gläubigers, daß die Schuld erloschen sei. Ist über eine Forderung ein Schuldschein ausgestellt, so kann nach § 371 der Schuldner, der die Schuld getilgt hat, neben der Quittung (§ 368) Rückgabe des Schuldscheins verlangen. Behauptet jedoch der Gläubiger, zur Rückgabe außer Stande zu sein, so hat er auf Verlangen des Schuldners diesem ein öffentlich beglaubigtes Anerkenntniß über das Erlöschen der Schuld auszustellen (§ 371 Satz 2).

3.) bei der von dem abtretenden Gläubiger dem neuen Gläubiger auf Verlangen auszustellenden Urkunde über die Abtretung. Die Uebertragung einer Forderung geschieht durch die auf die Uebertragung gerichtete Willenseinigung der Betheiligten (des Cedenten und des Cessionars). Diese Willenseinigung (abstrakter Vertrag) bewirkt den Uebergang der Forderung und ist an sich (abgesehen von der Abtretung einer hypothekarischen Forderung, § 1154) an eine Form nicht gebunden, kann also mittelst mündlicher Erklärung erfolgen. Auf Verlangen des neuen Gläubigers hat jedoch der bisherige Gläubiger auf seine Kosten eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen (§ 403).

4.) wenn eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren [1]) Theil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehaltes abtritt; hier ist nach § 411 die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen und es gilt bis zu dieser Benachrichtigung die Abtretung als der Kasse nicht bekannt.

5.) bei der Uebertragung einer hypothekarischen Forderung, für die eine Briefhypothek besteht. Hier genügt zwar zur Gültigkeit der Abtretung die Ertheilung der Abtretungserklärung in einfacher schriftlicher Form und die Uebergabe des Hypothekenbriefes (vergl. oben unter I, 10 und § 1154 Abs. 1 Satz 1). Es hat jedoch der bisherige Gläubiger auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen (§ 1154 Abs. 1 Satz 2).

Dies ist namentlich in dem Falle von Wichtigkeit, wenn die Briefhypothek mehrmals übertragen und die eine oder die andere Uebertragung nicht, wie nach

---

*) Vergl. Dr. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. III. Aufl. 1. Th. S. 271 flg. unter c.

[1]) Vergl. § 400 des Gesetzbuchs verbd. mit § 749 Ziff. 5, 6 und 8 der C.P.O.

§ 1154 Abs. 2 geschehen kann, ins Grundbuch eingetragen ist. Hier kann sich der durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen legitimirte Besitzer des Hypothekenbriefs auf den Inhalt des Briefs und der ihn legitimirenden Urkunden zum Schutze seines Erwerbes gegen die Rechte dritter ganz ebenso berufen, als wenn er im Grundbuche eingetragen wäre. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs kommt ohne Weiteres auch den Urkunden zu. Insbesondere können dem Rechte eines Vormannes anhaftende Mängel, die weder aus dem Briefe noch aus den Abtretungsurkunden ersichtlich sind, dem gehörig legitimirten Besitzer des Briefes, dem diese Mängel bei dem Erwerbe nicht bekannt waren, nicht entgegengehalten werden (§ 1155). Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht nach § 1155 Satz 2 ein gerichtlicher Ueberweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß einer kraft Gesetzes [3]) ersetzten Uebertragung der Forderung gleich.

6. in den Fällen der §§ 1035, 1372, 1528, 2215 (öffentliche Beglaubigung des Verzeichnisses der dem Nießbrauche an einem Inbegriffe von Sachen unterliegenden Gegenstände sowie des Verzeichnisses über den Bestand des eigenen und des eingebrachten Gutes der Ehegatten und des Verzeichnisses der vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlaßgegenstände ꝛc.)*)

7.) bei der Anfechtung einer nach §§ 1330 flg. anfechtbaren Ehe. Eine solche Ehe kann, so lange sie nicht aufgelöst ist, nach § 1341 nur durch Erhebung der Anfechtungsklage angefochten werden. Ist jedoch die Ehe durch den Tod des nicht zur Anfechtung berechtigten Ehegatten aufgelöst worden, so erfolgt die Anfechtung nach § 1342 durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte; diese Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben. Abgabe der Erklärung durch einen Vertreter ist jedoch hier ausgeschlossen (§ 1336); wohl aber kann die öffentlich beglaubigte Anfechtungserklärung des anfechtungsberechtigten Ehegatten dem Nachlaßgericht durch einen Beauftragten übergeben werden.

8.) bei dem Verzichte eines antheilsberechtigten Abkömmlings auf seinen Antheil am Gesammtgute; dieser Verzicht erfolgt nach § 1491 durch Erklärung gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte, die Verzichtserklärung ist in öffentlich beglaubigter Form abzugeben.

9.) bei der Erklärung des überlebenden Ehegatten, daß er die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgebe; diese Erklärung ist gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte in öffentlich beglaubigter Form abzugeben (§ 1492).

10.) bei dem Antrage auf Bewirkung einer Eintragung im Güterrechtsregister (§ 1560);

[3]) Vergl. z. B. §§ 426 Abs. 2 Satz 1. §§ 774, 1143, 1488 Abs. 3, 1519 Abs. 2.

*) Diese Fälle sollen durch § 129 mit betroffen werden; vergl. Haidlen, Kommentar a. a. O. S. 155.

11.) bei der Erklärung einer geschiedenen Frau, daß sie ihren früheren Namen wieder annehme (§ 1577 Abs. 2);

12.) bei der Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach dessen Tode (§ 1597 Abs. 1). Bei Lebzeiten des Kindes kann die Anfechtung nur durch Erhebung der Anfechtungsklage erfolgen, die gegen das Kind zu richten ist (§ 1596); nach dem Tode des Kindes erfolgt die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, die in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist.

13.) bei dem Verzichte des Vaters auf die Nutznießung durch öffentlich beglaubigte, gegenüber dem Vormundschaftsgerichte abzugebende Erklärung (§ 1662);

14.) bei den von dem Ehemanne der Mutter eines außerehelichen Kindes der zuständigen Behörde gegenüber abzugebenden Erklärung, daß er dem Kinde seinen Namen ertheile, sowie bei den Einwilligungserklärungen der Mutter und des Kindes hierzu (§ 1706).

15.) bei der Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1945 Abs. 1) sowie bei der Anfechtung der Ausschlagung oder der Annahme (§ 1955); die Ausschlagung sowie die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte, die in öffentlich beglaubigter Form abzugeben ist. Sie kann zwar auch durch einen Bevollmächtigten erklärt werden, die Vollmacht muß jedoch ebenfalls öffentlich beglaubigt sein (§ 1945 Abs. 2). Die Vollmacht muß überdies der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist beigebracht werden (§ 1945 Abs. 2 Satz 2.).

Zu C.

I.) Die Errichtung eines Rechtsgeschäfts in gerichtlicher oder notarieller Form unterscheidet sich von der Errichtung eines solchen in öffentlicher Urkunde (vergl. z. B. § 1718, § 1720 Abs. 2) dadurch, daß im letzteren Falle eine Urkunde genügt, die überhaupt von einer landesgesetzlich zu der Beurkundung zuständigen Behörde oder einem hierzu zuständigen Beamten aufgenommen worden ist.

Ist für einen Vertrag durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben, so soll es nach § 128 zur Wahrung der Form genügen, wenn zunächst der Vertragsantrag und sodann die Erklärung der Annahme des Antrages gerichtlich oder notariell beurkundet wird, d. h. es ist weder gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragstheile nothwendig, noch auch die Beurkundung des weiteren für den Vertragsabschluß wesentlichen Erfordernisses geboten, daß die Erklärung jeder Partei mit ihrem Willen der anderen zugegangen ist. Diese Bestimmung enthält eine im Interesse des Verkehres getroffene Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß Willenserklärungen unter Abwesenden nur dann Wirksamkeit erlangen, wenn sie dem Gegner zugegangen sind. Der Vertrag kommt in einem solchen Falle nach § 152 mit der Beurkundung der Annahme zu Stande, ohne daß die Annahmeerklärung dem Antragenden zuzugehen braucht.*)

*) Vergl. hierzu noch Planck, Kommentar, a. a. O. S. 178 flg.

Das nach dem Gesetzbuch an sich zustehende freie Wahlrecht der Betheiligten zwischen gerichtlicher oder notarieller Beurkundung kann nach Art. 141 des Einf.-G. durch die Landesgesetzgebung dergestalt beschränkt werden, daß für die Beurkundung der betreffenden Rechtsgeschäfte entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Ueber den gesetzgeberischen Grund dieser Bestimmung vergl. Motive zum Entw. I Band I S. 186 und Materialien zum 3. Abschnitte des Entw. eines Einf.-Ges. (Berlin Guttentag) S. 122 Note 1.

II. Der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung sind hauptsächlich folgende Rechtsgeschäfte unterworfen:

1.) Der Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein ganzes gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchtheil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten (§ 311). Das Gegenstück ist ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchtheil davon zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten. Ein solcher Vertrag ist unbedingt nichtig (§ 310).

2.) Der Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an einem Grundstücke zu übertragen (§ 313). Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

a) Zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstückes mit einem Rechte, sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechts mittelst Rechtsgeschäftes ist nach § 873 des D.G.B. zweierlei erforderlich:

aa) Die Einigung des Berechtigten und des andern Theils über den Eintritt der Rechtsänderung und

bb) die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

Beide Erfordernisse müssen zusammentreffen, wenn die Rechtsänderung eintreten soll, das blose Vorhandensein des einen oder des anderen genügt nicht — Konsensprinzip und Eintragungsprinzip. Die blose Eintragung hat nach dem D.G.B. nicht die Kraft, für sich allein die Rechtsänderung herbeizuführen, sie bewirkt keine formale Rechtskraft. Wäre daher die Eintragung einer Rechtsänderung ohne eine vorgängige Einigung der Betheiligten über den Eintritt der Rechtsänderung erfolgt, oder die Einigung wegen eines formellen oder materiellen Mangels ungültig, so könnte die Rechtsänderung trotz der Eintragung nicht eintreten, der durch die mit Unrecht erfolgte Eintragung Verletzte würde nicht blos einen persönlichen, sondern einen dinglichen Anspruch gegen den zu Unrecht Eingetragenen haben. Ein Beispiel wird dies sofort klar machen: A überträgt auf B das Eigenthum an einem Grundstück, Einigung der Betheiligten über die Rechtsänderung (hier „Auflassung" genannt § 925) und Eintragung des B sind erfolgt. Die Einigung ist jedoch wegen Irrthums, Zwanges oder wegen eines von B wider den A verübten Betrugs anfechtbar und wird deshalb auch von A nach § 119 flg. angefochten.

Inzwischen ist aber zum Vermögen des B (des Grundstückserwerbers)

Konkurs eröffnet worden. In den Ländern, in denen die blose Eintragung formale Rechtskraft bewirkt, und so auch in Sachsen, würde A seinen Anfechtungsanspruch lediglich als Konkursforderung geltend machen können, denn B ist ja Eigenthümer des Grundstückes durch die Eintragung geworden und das Eigenthum an dem Grundstücke gehört zur Konkursmasse. Nach D.G.B. dagegen hat A das Eigenthum an dem Grundstücke wegen des der Auflassung anhaftenden Mangels gar nicht verloren, das Eigenthum ist nicht auf den zu Unrecht eingetragenen B übergegangen und es kann daher auch der A seinen Eigenthumsanspruch in dem Konkurse des B als Aussonderungsanspruch (§ 35 der K.O.) geltend machen, er kann das Grundstück aus der Konkursmasse vindiziren. Nach Sächsischem Recht hat der durch eine zu Unrecht erfolgte Eintragung Verletzte gegen den zu Unrecht Eingetragenen einen blosen persönlichen (Kondiktions)-Anspruch, S.G.B. § 276, § 278; § 465; nach D.G.B. kann die Rechtsänderung ohne eine gültige Einigung überhaupt nicht mit rechtlicher Wirkung gegen den zu Unrecht Eingetragenen eintreten. Dies Alles gilt natürlich auch nach D.G.B. unbeschadet der Rechte gutgläubiger Dritter.

b) Andrerseits aber ist der Eintritt der Rechtsänderung von den sonstigen persönlichen Beziehungen der Betheiligten unabhängig. Ist z. B. zwischen dem Eigenthümer eines Grundstücks und einem Anderen die nach § 873 verb. mit § 925 erforderliche Einigung über die Uebertragung des Eigenthums, die Auflassung, gültig zu Stande gekommen und die Rechtsänderung in das Grundbuch eingetragen worden, so erwirbt der Eingetragene das Eigenthum, auch wenn der Kaufvertrag, auf Grund dessen der bisherige Eigenthümer sich zur Auflassungserklärung für verpflichtet hielt, nichtig oder anfechtbar war. Der Veräußerer hat in diesem Falle blos einen persönlichen Anspruch auf Rückgängigmachung des Eigenthumsüberganges nach den Vorschriften über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Das führt von selbst

c) auf den Unterschied zwischen

aa) dem obligatorischen und

bb) dem dinglichen Vertrage.

Der erstere stellt zunächst unter den Parteien fest, daß überhaupt ein bestimmtes Grundstück übertragen und erworben, oder mit einem Rechte belastet, oder daß ein dingliches Recht übertragen bezw. belastet werden soll. Ein solcher Vertrag ist rein persönlicher Natur, er begründet nur persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den Betheiligten, seine Wirkung geht über die Personen des Gläubigers und Schuldners nicht hinaus. Er ist zwar die juristische Grundlage, die causa, für die nachfolgende Einigung der Betheiligten über den Eintritt der Rechtsänderung, aber auf die Gültigkeit dieser Einigung selbst ohne Einfluß. Er kann die verschiedensten Rechtsgründe, Kauf, Schenkung u. s. w. in sich schließen.

Der dingliche Vertrag ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, das losgelöst von der causa des obligatorischen Vertrages besteht und lediglich die Willenseinigung

der Betheiligten über den Eintritt der Rechtsänderung zum Gegenstande hat. Er bezweckt nicht, eine obligatorische Verpflichtung zu erzeugen, sondern in Verbindung mit der hinzutretenden Eintragung das Recht an der Sache selbst zu begründen oder ein schon begründetes Recht zu ändern, zu belasten bezw. zu übertragen. Der dingliche Vertrag verhält sich zu dem obligatorischen wie die Leistung zu ihrem Motive, er besteht, wenn auch das Motiv fehlt oder wegfällt.

Aus dem obligatorischen Vertrage kann, seine Gültigkeit vorausgesetzt, nur eine Verpflichtung der Betheiligten zum Abschlusse des dinglichen abgeleitet werden, die erst im Klagwege zu verwirklichen ist.

d) Von dem dinglichen Vertrage handeln die §§ 873, 925 und 1015 des D.G.B. Allerdings ist hier dieser Ausdruck nicht gebraucht, sondern nur von der „Einigung der Betheiligten über den Eintritt der Rechtsänderung" die Rede, während im I. Entw. (§ 828) diese Einigung ausdrücklich als ein „zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag" bezeichnet war, der die „Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewillige und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Theiles" erfordere (vergl. § 828 Abs. 1 und 2 des I. Entw.). Allein daß von der in § 873, §§ 925, 1015 des D.G.B. erwähnten „Einigung der Betheiligten dasselbe gelten soll, was im Vorstehenden über die rechtliche Natur des dinglichen Vertrags gesagt ist, kann nach den Berathungen der II. Kommission nicht zweifelhaft sein. Insbesondere hielt man daran fest, daß die dingliche Rechtsübertragung von ihrer materiellen causa loszulösen und als selbständiger Rechtsakt aufzufassen sei. Das Kausalgeschäft und das Leistungsgeschäft werden von einander getrennt und das letztere behält seinen abstrakten Charakter. Sachlich ist also durch die Nichtaufnahme der Bezeichnung „dinglicher Vertrag" nichts geändert worden. Ueber die Gründe, die die Kommission zur Nichtaufnahme dieser Bezeichnung bewogen haben, vergl. Reatz, die zweite Lesung des Entw. eines B.G.B.'s I, S. 427 unter E und G. Danach sollte die Frage, ob die Einigung der Betheiligten über den Eintritt der Rechtsänderung ein Vertrag sei, der Wissenschaft überlassen werden.[4])

e) In § 313 des D.G.B. ist der obligatorische Vertrag gemeint, zu Folge dessen der eine Theil alles thun muß, was nach § 873 vbd. § 925 erforderlich ist, damit das volle Eigenthum auf den anderen übergehen kann.

Zwar ist es nicht unbedingt nöthig, daß zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines Grundstücks ein derartiger Vertrag vorher abgeschlossen wird. Denn an sich wird der Uebergang des Eigenthums an einem Grundstücke lediglich auf Grund des dinglichen, abstrakten Vertrags und der sich daran anschließenden Eintragung vermittelt, die Angabe der causa der Eigenthumsübertragung ist nicht

[4]) Anm. Ohne der Beantwortung dieser Frage vorgreifen zu wollen, werden wir die schon im Vorstehenden gebrauchte Bezeichnung: „dinglicher Vertrag" der Kürze halber auch im Nachstehenden beibehalten.

erforderlich. An sich hat daher der Grundbuchrichter bei der Eintragung des Grundstückserwerbers nach dem der Eigenthumsübertragung zu Grunde liegenden ursachlichen Verhältnisse nicht zu fragen, sondern den Eintrag auf Grund des abstrakten Leistungsgeschäftes, — der Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung — zu vollziehen, (vergl. jedoch den Vorbehalt in § 98 der Grundbuchordnung, wonach durch Landesgesetz bestimmt werden kann, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 des B.G.B.'s erforderliche Urkunde vorgelegt wird).

Immerhin kann der Abschluß eines obligatorischen Vertrages der in § 313 des B.G.B.'s erwähnten Art von großer Wichtigkeit für die Betheiligten sein. Einmal kann auf Grund eines solchen Vertrages ein jeder der vertragschließenden Theile im Rechtswege angehalten werden, die zur Auflassung nach § 925 erforderlichen Erklärungen abzugeben, sein Wille ist endgültig gebunden und wenn er sich weigert, seiner Verpflichtung nachzukommen, greift nach rechtskräftiger Verurtheilung zur Abgabe der geforderten Willenserklärung die Vorschrift in § 779 der C.P.O. Platz. Andrerseits hat der obligatorische Vertrag in der Regel die Ordnung der gegenseitigen rechtlichen Beziehungen der Betheiligten zum Gegenstande, die aus Anlaß der Eigenthumsübertragung zwischen ihnen entstanden sind und die Feststellung dieser Rechtsverhältnisse ist für die Betheiligten ebenfalls von wesentlicher Bedeutung. Man denke nur an die Fragen, ob Kauf oder Schenkung, wie hoch der Kaufpreis, welche sonstigen Verpflichtungen dem Erwerber obliegen, Uebernahme der hypothekarischen Forderungen u. s. w.

Das Gesetzbuch hat daher die Gültigkeit derartiger Verträge, soweit sie die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke betreffen, an die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gebunden.

Nur soll nach § 313 Abs. 2 der für sich allein — ohne Beobachtung der Form — nichtige Vertrag (§ 125) durch die nachfolgende Uebertragung des Eigenthums d. i. Auflassung und Eintragung des Erwerbers, soweit nicht andere, den Formmangel nicht betreffende Nichtigkeitsgründe bestehen, seinem gesammten Inhalte nach gültig werden. Diese Vorschrift ist namentlich da von besonderer Wichtigkeit, wo keine dem Vorbehalte in § 98 der Grundbuchordnung entsprechende landesgesetzliche Vorschrift besteht. Denn an sich ist der Grundbuchrichter, wie schon oben erwähnt worden, weder berechtigt noch verpflichtet, sich den zwischen den Betheiligten abgeschlossenen obligatorischen Vertrag vorlegen zu lassen, dafern nur die Auflassung nach § 925 — der dingliche Vertrag — in gehöriger Form zu Stande gekommen ist. Durch die Eintragung erlangen dann auch alle die weiteren Bestimmungen Gültigkeit, die in dem obligatorischen Vertrage über die sonstigen rechtlichen Beziehungen der Betheiligten getroffen sind.

Nach Art. 142 des Einf.-G. können übrigens die Landesgesetze für die Beurkundung des in § 313 des Gesetzbuchs bezeichneten Vertrages außer den Gerichten und Notaren auch noch andere Behörden und Beamte für zuständig

erklären, jedoch nur insoweit, als die zu veräußernden Grundstücke im Gebiete des betreffenden Bundesstaats liegen.

Selbstverständlich wird, wie schon oben angedeutet wurde, durch die nachfolgende Auflassung und Eintragung nur der Mangel der Form des obligatorischen Veräußerungsvertrages geheilt; andere Mängel, z. B. solche im Willen, werden dadurch nicht gehoben.

3.) Auch bei dem dinglichen Vertrage (§ 873) kann die gerichtliche oder notarielle Beurkundung von Bedeutung werden. Man muß hier die Zeit vor und die Zeit nach der Eintragung unterscheiden. Durch die Eintragung wird der Vertrag für beide Theile bindend, gleichviel in welcher Form oder ob er überhaupt in irgend einer Form abgeschlossen worden ist. Denn nimmt kein Theil seine dem anderen Theile abgegebene Erklärung zurück, so ist die Ernstlichkeit des Willens beider klar und es hieße sichtbar Treu und Glauben gefährden, wenn man nach vollzogener Eintragung die Gebundenheit des einen oder des anderen Theiles blos wegen einer mangelnder Form verneinen wollte (vergl. Mot. III, S. 178).

Anders dagegen verhält es sich für die Zeit vor der Eintragung. Hier ist eine besondere Vorschrift darüber nothwendig, mit welchem Zeitpunkte die Gebundenheit der Vertragschließenden eintreten soll. Es muß eine ausreichende Gewähr dafür geschaffen werden daß nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte am Grund und Boden verfügt wird (vergl. Mot. III, 175). Aus diesem Grunde schreibt § 873 Abs. 2 ausdrücklich vor, daß vor der Eintragung die Betheiligten an die Einigung über die Rechtsänderung nur gebunden sein sollen, wenn ihre Erklärungen entweder

a) gerichtlich oder notariell beurkundet, oder
b) vor dem Grundbuchamte abgegeben, oder
c) bei diesem eingereicht sind, oder wenn
d) der Berechtigte dem anderen Theile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragsbewilligung ausgehändigt hat.

Solange daher nicht die eine oder die andere dieser Voraussetzungen erfüllt ist, kann jeder Theil einseitig von der Einigung zurücktreten, mit der Erfüllung einer oder der anderen dieser Voraussetzungen ist der einseitige Rücktritt ausgeschlossen.

Die Vorschrift unter d erhält ihre Ergänzung durch § 29 der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 (R.G.Bl. 144). Danach ist als eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragsbewilligung eine solche anzusehen, die durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (vergl. über Urkunden der letzteren Art das vorstehend zu B Gesagte) nachgewiesen wird. Zu a und d kommt überdies noch Art. 141 und 142 des Einf.-G. in Betracht.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß für den dinglichen Vertrag im Allgemeinen (§ 873 Abs. 1) die gerichtliche oder notarielle Beurkundung nicht

die ausschließliche Form ist, durch die eine Bindung der Betheiligten schon vor der Eintragung herbeigeführt werden kann. Auch durch Beobachtung der Formvorschriften zu b, c und d kann der gleiche Erfolg herbeigeführt werden.

4.) Andererseits sind, soweit die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke sowie die Bestellung eines Erbbaurechts anlangt, auch die Bestimmungen in § 925 und § 1015 des Gesetzbuches mit heranzuziehen.*) Nach § 925 muß die zur Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke kraft § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers, — die hier „Auflassung" genannt wird, — bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Das Gleiche gilt nach § 1015 von der zur Bestellung eines Erbbaurechtes erforderlichen Einigung der Betheiligten.

Es fragt sich, wie sich diese Vorschriften zu § 873 Abs. 2 verhalten. Nach der letzteren Bestimmung sollen die Betheiligten an die Einigung über die Rechtsänderung (vergl. § 873 Abs. 1) schon dann gebunden sein, wenn eine der im Vorstehenden unter 3, a—d aufgeführten Voraussetzungen gegeben ist, nach §§ 925 und 1015 dagegen soll die erforderliche Einigung nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Theile vor dem Grundbuchamte erklärt werden können. Wie sind diese Bestimmungen mit einander in Einklang zu bringen?

a) Man könnte versucht sein, so zu folgern: Die in § 873 Abs. 1 erwähnte Einigung bezieht sich auch auf die Einigung über die Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke und die Bestellung eines Erbbaurechtes. Mithin muß auch der Abs. 2 von dieser Einigung mit verstanden werden. Die Bindung der Betheiligten tritt also auch bei der Uebertragung des Eigenthums an einem Grundstücke und bei der Bestellung eines Erbbaurechtes nicht blos dann, wenn die Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgegeben, sondern auch schon dann ein, wenn die Erklärungen entweder gerichtlich oder notariell beurkundet oder bei dem Grundbuchamte eingereicht sind oder wenn der Berechtigte dem andern Theile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragsbewilligung ausgehändigt hat. Eine jede der drei zuletzt angegebenen Handlungen ist also geeignet, die Erklärung vor dem Grundbuchamte zu ersetzen und die Bindung der Betheiligten zu erzeugen. Dem gegenüber würden die Vorschriften in § 925 und 1015 blos die Bedeutung einer Ordnungsvorschrift haben, zu deren Erfüllung das Grundbuchamt die Betheiligten, bevor es zur Eintragung verschreitet, vorerst noch anzuhalten hätte, durch deren Nichtbeobachtung jedoch die Rechtsgültigkeit der Einigung selbst und somit auch der darauf folgenden Eintragung nicht beeinträchtigt werden würde.

b) Dieser Auffassung steht jedoch die zwingende Fassung der §§ 925 und 1015 entgegen, durch die klar und unzweideutig zum Ausdrucke gebracht wird, daß es sich hier um eine materielle Vorschrift handelt, die bei Vermeidung der Nichtigkeit der Handlung zu beobachten ist. („Die — Einigung muß — erklärt

*) Die hier in Betracht kommenden Fälle gehören zwar zu D, sind jedoch des Zusammenhangs wegen gleich hier mit zu besprechen.

werden").*) Die Bestimmung hat den Zweck, der Gefahr leichtsinniger und unüberlegter Auflassungen vorzubeugen und der Mobilisirung des Grundbesitzes thunlichst vorzubeugen. „Nur wenn die Betheiligten oder deren Vertreter vor dem Grundbuchamte erscheinen müssen, um ihren auf den Eigenthumsübergang gerichteten Willen zu erklären, und wenn sie sich bewußt sind, daß ihren abstrakten Erklärungen die den Eigenthumswechsel abschließende Eintragung sofort nachfolge oder doch nachfolgen könne und regelmäßig auch nachfolgen werde, ist darauf zu rechnen, daß sie sich die hohe Wichtigkeit ihrer abstrakten Erklärungen voll und klar zum Bewußtsein bringen" (Mot. III, S. 316). Zur Erreichung dieses Zweckes und bei der großen Bedeutung, die der Eigenthumsübertragung für die Rechtsverhältnisse an Grund und Boden beizumessen ist, würde eine blose Ordnungsvorschrift nicht ausreichend sein. Diese Erwägung leidet auch auf die Begründung eines Erbbaurechtes Anwendung, insofern die Bestellung eines solchen einer Veräußerung des Eigenthums sehr nahe kommt. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß bei den in Rede stehenden Rechtsänderungen (Veräußerung des Grundstückseigenthums und Bestellung eines Erbbaurechts) das Gesetz die Einigung der Betheiligung über den Eintritt der Rechtsänderung (die Auflassung) an eine besondere d. h. strengere als die für den dinglichen Vertrag im Allgemeinen erforderliche Form habe knüpfen wollen. Abgesehen von den sogleich unter c zu erwähnenden Ausnahmen kann daher die Auflassung nur dann als gültig und bindend angesehen werden, wenn sie bei gleichzeitiger Anwesenheit der Betheiligten vor dem Grundbuchamte erklärt worden ist. Daß bei Abgabe dieser Erklärungen die Betheiligten nicht in Person zu erscheinen brauchen, sondern sich auch durch gehörig legitimirte Bevollmächtigte vertreten lassen können, folgt schon aus allgemeinen Bestimmungen und brauchte nicht besonders ausgesprochen zu werden (vergl. auch Grundbuchordnung § 31). Natürlich ist auch im Falle einer derartigen Vertretung die gleichzeitige Anwesenheit der beiderseitigen Vertreter bei Abgabe ihrer Erklärungen vor dem Grundbuchamte nothwendig.

c) Daneben macht jedoch das Einführungsgesetz der Landesgesetzgebung weitgehende Zugeständnisse. Nach Art. 143 sollen unberührt bleiben:

aa) die landesgesetzlichen Vorschriften, die in Ansehung der in dem Gebiete des Bundesstaats liegenden Grundstücke bestimmen, daß die Einigung der Parteien in den Fällen der §§ 925 und 1015 des B.G.B.'s außer vor dem Grundbuchamte auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer andern Behörde oder vor einem andern Beamten erklärt werden könne (§ 143 Abs. 1),

bb) Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen es bei der Auflassung eines Grundstücks der gleichzeitigen Anwesenheit beider Theile nicht bedarf, wenn das Grundstück durch ein Gericht oder einen Notar versteigert worden ist und die Auflassung noch in dem Versteigerungstermine stattfindet (Abs. 2).

---

*) sog. „Mußvorschrift", vergl. Endemann, Einführung in das Studium des B.G.B. III. Aufl. 1. Th. S. 26.

Bestehen also in einem Bundesstaate Bestimmungen des unter aa erwähnten Inhalts, so braucht die Einigung der Betheiligten, um rechtliche Gültigkeit beanspruchen zu können, nicht nothwendig vor dem Grundbuchamte erklärt zu werden, die Erklärung kann auch vor Gericht oder Notar bezw. vor anderen, nach der Landesgesetzgebung damit betrauten Behörden oder Beamten abgegeben werden. Dies gilt jedoch nur dann, wenn es sich um die Veräußerung eines Grundstücks handelt, das in dem Bundesstaate gelegen ist, dessen Gesetzgebung eine die Zuständigkeit der Gerichte, der Notare oder anderer Behörden oder Beamten betreffende Bestimmung enthält.*) Aber auch hier bedarf es in der Regel der gleichzeitigen Anwesenheit beider Parteien vor Gericht oder Notar bezw. vor der zuständigen Behörde oder dem zuständigen Beamten. Nur die unter bb aufgeführten Fälle machen hiervon eine Ausnahme. Sie sind namentlich für Rheinpreußen und Rheinhessen von Bedeutung.**)

Den Bestimmungen in § 143 des Einf.-G. entspricht nunmehr auch die Fassung von § 20 der Grundbuchordnung. Sie trifft zu, gleichviel ob die Einigung der Betheiligten vor dem Grundbuchamte oder ausnahmsweise zu Folge des den Landesgesetzen eingeräumten Vorbehaltes vor einem Gericht oder Notar oder vor anderen Behörden oder Beamten bezw. bei gleichzeitiger oder nicht gleichzeitiger Anwesenheit erklärt worden ist, dafern sie nur je nach Lage des Falles in der erforderlichen Form und Weise erklärt worden ist.

d) Die Richtigkeit der unter b vertretenen Auffassung erhellt auch aus der Entstehungsgeschichte der §§ 925 und 1015. Entwurf I hatte in §§ 868, 962 bestimmt, daß die Auflassung vor dem Grundbuchamte erfolgen müsse. Er meinte damit im Einklange mit § 2 des Preußischen Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 eine mündliche und gleichzeitige Erklärungsabgabe vor dem Grundbuchamte, brachte dies aber nur in den Motiven bestimmt zum Ausdruck. Die letzteren (III, 313 flg.) lassen keinen Zweifel darüber zu, daß es sich hier um eine Formvorschrift des materiellen Rechts handle, von deren Beobachtung die Gültigkeit des dinglichen Vertrages bei der Uebertragung des Eigenthums an Grundstücken und bei der Bestellung eines Erbbaurechtes (III, 471) abhängig sein sollte.***) Der Entwurf II ließ in § 838 die Auflassung wahlweise vor dem Grundbuchamt, vor Gericht oder vor einem Notar zu und machte im Uebrigen gleichwie der I. Entwurf der Landesgesetzgebung keine Zugeständnisse. Er ging davon aus, daß die gerichtliche oder notarielle Auflassung ebenso wie die vor dem Grundbuch-

*) Dies entspricht der Vorschrift in Art. 11 Abs. 2 des Einf.G.

**) vergl. Preuß Ges. vom 14. VII. 93 Art. III, § 5a Hier pflegen sich die einzelnen Bieter. nachdem sie beantragt haben, das von ihneu erstandene Grundstück auf ihren Namen einzutragen, vor Beendigung des Termins zu entfernen. Der Zuschlag und die Eintragsbewilligung des Versteigerers erfolgt dann in ihrer Abwesenheit.

***) vergl auch Tränkner und Wulfert, Handausgabe d es D. B.G.B.s S. 914 Anmerkung 4 zu Art. 148 des Einf.G.

amte den ernsthaften und wohlüberlegten Uebertragungswillen sicher stelle und daß deshalb ihre reichsgesetzliche Zulassung ebensowohl im Interesse des Publikums als im Interesse eines selbständigen Notariats geboten sei. Das Gesetzbuch (§ 925, § 1015) kehrt zum Standpunkt des ersten Entwurfs zurück und bringt nur das Erforderniß mündlicher und gleichzeitiger Erklärungen zum bestimmteren Ausdrucke. Daneben wurden jedoch in Art. 143 des Einf.-G. die oben unter c) aa und bb hervorgehobenen Zugeständnisse gemacht. Hieraus folgt, daß, soweit die durch diese Zugeständnisse gestatteten Ausnahmen nicht Platz greifen, es bei der Regel verbleibt, wonach eine Auflassung nur gültig und bindend ist, wenn sie nach §§ 925, 1015 bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Betheiligten oder ihrer Vertreter vor dem Grundbuchamte erklärt wird.

Weiter bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung:

5.) Ein Vertrag der unter den künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbtheil oder den Pflichttheil eines von ihnen geschlossen wird (§ 312 Abs. 2 Satz 2). Es fallen hierunter namentlich obligatorische Abfindungsverträge unter den künftigen gesetzlichen Erben, durch die der eine seinen künftigen gesetzlichen Erbtheil oder seinen Pflichttheil an den oder die anderen gegen Gewährung einer Abfindungssumme im Voraus abtritt. Voraussetzung jedoch ist, daß der Vertrag nicht mit einem Fremden (einem extraneus), sondern lediglich unter den gesetzlichen Erben abgeschlossen wird. Im entgegengesetzten Falle ist der Vertrag nichtig (§ 312 Abs. 1). Nicht zu verwechseln sind hiermit Erbeinsetzungsverträge, die zwischen dem Erblasser und einem Anderen abgeschlossen werden und den Bestimmungen in §§ 2274 flg. unterliegen. Ueber Erbverzichtsverträge, die zwischen dem Erblasser und seinen Verwandten oder seinem Ehegatten über deren gesetzliches Erbtheil abgeschlossen werden, vergl. §§ 2346 flg.

Nach Sächs. Recht (S.G.B. § 2563) sind Verträge, die über die Erbschaft eines bestimmten Dritten bei dessen Lebzeiten geschlossen werden, nichtig, ausgenommen wenn sie mit seiner Einwilligung geschlossen werden und er keine Verfügung trifft, durch die das den Gegenstand des Vertrags bildende Recht aufgehoben wird. Gleichgültig ist, ob der Vertrag unter den gesetzlichen Erben des Dritten unter sich, oder mit einem Fremden geschlossen wurde.

6) Das Schenkungsversprechen, das schenkweise ertheilte selbständige Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß (§ 518 Abs. 1). Hier wird aber der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt (§ 518 Abs. 2). Nach Sächs. Recht ist eine Schenkung, deren Betrag die Summe von 1000 Thalern übersteigt, ferner eine Schenkung von wiederkehrenden Leistungen auf unbestimmte Zeit von mehr als 50 Thalern jährlich nur gültig, wenn das Schenkungsgeschäft vor Gericht zu Protokoll erklärt oder gerichtlich bestätigt worden ist. Formlose Schenkungen sind nur bis zum Betrage von 1000 Thalern bezw. 50 Thalern jährlich gültig (§§ 1056, 1058 S.G.B.). Bei mehreren nicht gleichzeitigen Schenkungen unter denselben Personen, die nur in ihrem Gesammtbetrage

1000 Thaler oder 50 Thaler jährlich übersteigen, ist die Einhaltung der Form nicht erforderlich, ausgenommen wenn dadurch eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist. Auch Schenkungen aus Dankbarkeit für eine Lebensrettung unterliegen der Formvorschrift nicht (§ 1064 S.G.B.). Während also nach Sächs. Recht das Schenkungsgeschäft im Ganzen (Schenkungsversprechen und Annahme) an die Beobachtung der in § 1056 S.G.B. vorgeschriebenen Form gebunden war, ist nach D.G.B. die Form gewahrt, wenn nur das Schenkungsversprechen gerichtlich oder notariell beurkundet wird. Die Annahme kann formlos, also auch stillschweigend erfolgen. Dasselbe gilt auch von dem schenkweise ertheilten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse. Nach Sächs. R. kann das aus einem ungültigen Schenkungsgeschäft Geleistete kondizirt werden, nach D.G.B. nicht (§ 518 Abs. 2). Nach D.G.B. ist (abgesehen von dem Falle der nachträglichen Heilung durch thatsächliche Erfüllung) das ganze Schenkungsgeschäft beim Mangel der gesetzlichen Form nichtig, nach S.G.B. tritt eine Nichtigkeit nur wegen des den Betrag von 1000 Thalern oder 50 Thalern jährlich übersteigenden Betrages ein.

7.) Die in § 1501 Abs. 2 erwähnte Vereinbarung des überlebenden Ehegatten mit den übrigen antheilsberechtigten Abkömmlingen über Einrechnung bezw. Anrechnung der den letzteren gewährten Abfindungen in das Gesammtgut (§ 1501 Abs. 2 Satz 2).

8.) Die Zustimmungserklärung eines Ehegatten zu Verfügungen des anderen über den Antheil eines Abkömmlings an der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1516 Abs. 2 Satz 3).

9.) Die Zustimmungserklärung eines Ehegatten zu einem Vertrage, durch den ein gemeinschaftlicher Abkömmling dem anderen Ehegatten gegenüber für den Fall, daß die Ehe durch dessen Tod aufgelöst wird, auf seinen Antheil am Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet oder durch den ein solcher Verzicht aufgehoben wird, (§ 1517 Abs. 1 Satz 2).

10.) Der Antrag auf Ehelichkeitserklärung und die dazu nöthigen Einwilligungserklärungen (§ 1730).

Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

a) Ein außereheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden (§ 1723 Abs. 1). Ueber die Zuständigkeit s. § 1723 Abs. 2 und 3.

b) Der Antrag muß die Erklärung des Vaters enthalten, daß er das Kind als das seinige anerkenne (§ 1725).

c) Zur Ehelichkeitserklärung ist die Einwilligung des Kindes und, wenn das Kind nicht das 21. Lebensjahr vollendet hat, die Einwilligung der Mutter erforderlich. Ist der Vater verheirathet, so bedarf er auch der Einwilligung der Frau (§ 1726 Abs. 1). Ausnahmen: § 1726 Abs. 3.

d) Der Antrag auf Ehelichkeitserklärung sowie die Einwilligungserklärungen

können nicht durch einen Vertreter erfolgen (§ 1728 Abs. 1). **Ausnahme:** wenn das Kind geschäftsunfähig ist oder noch nicht das 14. Lebensjahr vollendet hat: hier kann sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes die Einwilligung ertheilen (§ 1728 Abs. 2).

c) Die Einwilligung hat dem Vater oder der Behörde gegenüber zu erfolgen, bei der der Antrag einzureichen ist, sie ist unwiderruflich (§ 1726 Abs. 2).

Ueber das Sächs. Recht vergl. S.G.B. §§ 1783 flg., §§ 1841, 2023.

11.) Die zur Annahme an Kindesstatt nöthigen Einwilligungserklärungen (§ 1748 Abs. 3). Diese Einwilligungserklärungen haben abzugeben:

a) der Ehegatte des Annehmenden (§ 1746),

b) die Eltern eines anzunehmenden ehelichen Kindes, wenn es das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,

c) unter der gleichen Voraussetzung die Mutter eines anzunehmenden unehelichen Kindes (§ 1747).

Die Einwilligung kann nicht durch einen Vertreter ertheilt werden. Sie hat dem Annehmenden, oder dem Kinde, oder dem für die Bestätigung des Annahmevertrags zuständigen Gerichte gegenüber zu erfolgen und ist unwiderruflich. Ueber das Sächs. R. s. §§ 1787 flg. S.G.B. Nicht zu verwechseln mit der Form der Einwilligungserklärungen ist die Form des Annahmevertrages selbst (vergl. § 1750 Abs. 2).

12.) Der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Antheil an dem Nachlasse verfügt (§ 2033 Abs. 1 Satz 2).

Zwischen mehreren Erben besteht nach dem Rechte des D.G.B. eine Gemeinschaft zur gesammten Hand. Vor der Auseinandersetzung hat der Miterbe an den einzelnen Nachlaßgegenständen kein selbständiges, seiner Verfügung unterliegendes Recht, deshalb kann er auch über seinen Antheil an den einzelnen Nachlaßgegenständen nicht verfügen. Nur über seinen Antheil am gemeinschaftlichen Nachlasse d. h. über sein Mitgliedsrecht in der Gemeinschaft ist ihm nach § 2033 ein Verfügungsrecht eingeräumt.

13.) Die Zustimmung zur Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung, durch die ein Vermächtniß oder eine Auflage angeordnet ist (§ 2291 Abs. 2).

Nach § 2291 Abs. 1 kann eine in einem Erbvertrage (§§ 2274 flg.) getroffene Verfügung, durch die ein Vermächtniß oder eine Auflage angeordnet ist, von dem Erblasser durch Testament aufgehoben werden. Zur Wirksamkeit der Aufhebung ist jedoch die gerichtlich oder notariell zu beurkundende Zustimmung des anderen Vertragschließenden erforderlich, die, wenn einmal in der gesetzlichen Form ertheilt, unwiderruflich ist.

14.) Die Erklärung des Erblassers, daß er von dem Erbvertrage oder von einer darin getroffenen vertragsmäßigen Verfügung zurücktrete (§ 2296 Abs. 2 Satz 2). Ein derartiger Rücktritt ist zulässig, wenn:

a) der Erblasser sich den Rücktritt vorbehalten hat,

b) wenn der Bedachte sich einer Verfehlung schuldig macht, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichttheils berechtigt oder, falls der Bedachte nicht zu den Pflichttheilsberechtigten gehört, nach § 2333 ihn zu der Entziehung berechtigen würde, wenn der Bedachte ein Abkömmling des Erblassers wäre,

c) wenn die vertragsmäßige Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, insbesondere Unterhalt zu gewähren, getroffen ist und die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird (§§ 2293 bis 2295).

Die gerichtlich oder notariell zu beurkundende Rücktrittserklärung erfolgt gegenüber dem anderen Vertragschließenden, auch wenn er nicht gleichzeitig der Bedachte ist. Sie kann nicht durch einen Vertreter geschehen, ist also vom Erblasser in Person abzugeben. Ist der Erblasser in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Nach S.G.B. § 2555 sind für den Widerruf eines Erbvertrags die Formen bei dem Widerrufe der letzten Willen (§§ 2210. 2212. 2092 flg. S.G.B.) vorgeschrieben. Der Widerruf ist zulässig, wenn er vorbehalten worden ist. Ueber den Widerruf von Erbverträgen unter Ehegatten vergl. noch S.G.B. §§ 2556, 2557.

15.) Die Erklärung des Erblassers, daß er einen Erbvertrag anfechte (§ 2282 Abs. 3). Stellvertretung des geschäftsfähigen Erblassers ist ausgeschlossen (§ 2282 Abs. 1). Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann jedoch sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Erbvertrag anfechten (§ 2282 Abs. 2).

16.) Der Erbverzichtsvertrag (§ 2348) d. i. der mit dem Erblasser abgeschlossene Vertrag, durch den Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers auf ihr gesetzliches Erbrecht oder auf ihr Pflichttheilsrecht verzichten (§ 2346).

Nach Sächs. Recht sind derartige Erbverzichte nach den Vorschriften über Verträge zu beurtheilen, also an keine Form gebunden (§§ 2560 flg. S.G.B.).

17.) Ein Vertrag, durch den ein Erbverzicht aufgehoben wird (§ 2351).

18.) Der mit dem Erblasser abgeschlossene Vertrag, durch den der in einem Testamente eingesetzte Erbe oder mit einem Vermächtnisse Bedachte, sowie der in einem Erbvertrage mit einer Zuwendung bedachte Dritte auf die Zuwendung verzichtet (§ 2352).

Nach Sächs. Recht leidet hier ebenfalls die Vorschrift in § 2560 S.G.B. Anwendung.

19.) Der Erbschaftskauf, d. i. der Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft (§ 2371).

Nach Sächs. Recht (§§ 2372 flg. S.G.B.) ist die Veräußerung einer Erbschaft als solcher an keine Form gebunden.

Zu D.

I.) Die Errichtung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts „vor Gericht oder Notar" unterscheidet sich von der „gerichtlichen oder notariellen Beurkundung" eines solchen nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes dadurch, daß im ersteren Falle die beiderseitigen Willenserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit der Betheiligten vor Gericht oder Notar abgegeben werden müssen,*) wogegen bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung jeder der Vertragschließendin seine Willenserklärung für sich vor Gericht oder Notar abgeben bez. beurkunden lassen kann. Während also bei der Errichtung eines Vertrags vor Gericht oder Notar ein sofortiger unmittelbarer Austausch der gegenseitigen Willenserklärungen vor Gericht oder Notar stattfindet, können bei der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung die Willenserklärungen einseitig und nach einander vor dem Gericht oder dem Notar abgegeben werden und es reicht ein privater Austausch zur gültigen Schließung des Vertrags aus (vergl. oben unter C.).

Vertretung durch Stellvertreter ist, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen (vergl. z. B. § 1437 Abs. 1, § 1750 Abs. 1, § 2274, § 2064) an sich nicht ausgeschlossen.

II.) Die gleichzeitige Anwesenheit beider Vertragstheile von der betreffenden Behörde ist erforderlich:

1.) bei der Auflassung (§ 925) und bei der Bestellung eines Erbbaurechts (§ 1015). Hier ist die Behörde (vergl. oben zu C II, 4) das Grundbuchamt.

2.) bei dem Ehevertrage über Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse (§ 1434). Soll durch einen derartigen Ehevertrag die allgemeine Gütergemeinschaft vereinbart oder aufgehoben werden, so kann er nicht von einem gesetzlichen Vertreter, sondern nur von den Ehegatten oder Verlobten selbst unter Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, bezw. wenn dieser ein Vormund ist, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden (§ 1437, § 1508).

3.) bei dem Vertrage über Annahme an Kindesstatt (§ 1750 Abs. 2). Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter geschlossen werden (§ 1750 Abs. 1); hat jedoch der Anzunehmende nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet, so kann den Vertrag sein gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts schließen (§ 1750 Abs. 1 Satz 2).

---

*) Das B.G.B. kennt auch noch die Abgabe einer Erklärung gegenüber dem Gericht oder einer Behörde. Hier ist ein persönliches Erscheinen behufs Abgabe der Erklärung nicht nothwendig, vielmehr kann die Erklärung in der erforderlichen Form (meist öffentliche Beglaubigung, vergl. oben zu B) dem Gericht bez. der Behörde übersendet werden. Es handelt sich hier in den meisten Fällen um einseitige, nicht empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte z. B. Ausschlagung einer Erbschaft (§ 1945), Anfechtung der Ausschlagung oder der Annahme (§ 1955). Festzuhalten ist aber hier, daß die Erklärung erst dann in Wirksamkeit tritt, wenn sie dem Gericht oder der Behörde zugegangen ist (§ 130 Abs. 3).

Abgesehen von der erforderlichen Schließung des Vertrags vor Gericht oder Notar ist hier noch ein anderes Formerforderniß zur Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags vorgeschrieben: der Vertrag bedarf der Bestätigung durch das zuständige Gericht (§ 1741). Die Zuständigkeitsfrage soll durch das Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit geregelt werden.

4.) bei dem Vertrage, durch den das durch eine Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältniß wieder aufgehoben wird (§ 1768 vbd. mit § 1770). Auch dieser Vertrag unterliegt wie der Annahmevertrag der gerichtlichen Bestätigung, auch bei ihm ist mit Ausnahme des in § 1750 Abs. 1 Satz 2 erwähnten Falles Vertretung ausgeschlossen. Abgeschlossen wird der Aufhebungsvertrag nach § 1768 Abs. 2 zwischen dem Annehmenden, dem Angenommenen und denjenigen Abkömmlingen des letzteren, auf die sich die Wirkungen der Annahme erstrecken (vergl. § 1762).

5.) bei dem Erbvertrage (§ 2276) und bei der Aufhebung eines Erbvertrages (§ 2290). Stellvertretung ist auf Seiten des Erblassers ausgeschlossen (§ 2274, § 2290 Abs. 2). Auch sind hier in der Regel die nämlichen Formen vorgeschrieben, wie für das öffentliche Testament (§ 2231 Ziff. 1, §§ 2233 bis 2245). Nur für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrage in derselben Urkunde verbunden wird, genügt die für den Ehevertrag (§ 1434) vorgeschriebene Form (§ 2276 Abs. 2). Auch tritt hier eine Ausnahme von der Vorschrift in § 2275 Abs. 1 ein, wonach einen Erbvertrag als Erblasser nur schließen kann, wer unbeschränkt geschäftsfähig ist (§ 2275 Abs. 2 und 3).

III.) Von dem einseitigen Rechtsgeschäften kommen hauptsächlich in Betracht:

a) Errichtung und Widerruf einer letztwilligen Verfügung (§ 2231 Ziff. 1, § 2254),

b) das Schenkungsversprechen von Todeswegen sowie das selbständige Schuldversprechen und Schuldanerkenntniß der gleichen Art (§ 2301 Abs. 1).

Hier ist jedoch die Errichtung vor Gericht oder Notar nicht die ausschließliche Form (§§ 2249, 2250, 2251), ja nicht einmal die ausschließliche ordentliche Form.

Eine einseitige letztwillige Verfügung (Testament) kann nämlich errichtet werden entweder in *ordentlicher* Form oder in einer *außerordentlichen* Form.

A. In ordentlicher Form kann ein Testament errichtet werden:

I.) vor einem Richter oder vor einem Notar (§ 2231 Ziff. 1), oder

II.) durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung (§ 2231 Ziff. 2),[5]) eigenhändiges (holographes, privatschriftliches) Testament, Privattestament.

---

[5]) Nach den Entw. I und II und der Reichstagsvorlage sollte ein Testament in ordentlicher Form nur vor einem Richter oder einem Notar errichtet werden können. Auf Antrag

Zu I, Errichtung des Testaments vor einem Richter oder Notar,[6]) §§ 2233 bis 2245.

1.) Zur Errichtung muß der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen,[7]) der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen (§ 2233).

In §§ 2334 bis 2336 werden die gesetzlichen Behinderungsgründe aufgeführt, die den Richter, Notar, Gerichtsschreiber und die Zeugen von der Mitwirkung bei Vermeidung der Nichtigkeit ausschließen, § 2337 enthält nur Ordnungsvorschriften, deren Beobachtung für die Gültigkeit des Testaments nicht entscheidend ist. Die zwingenden Behinderungsgründe sind theils absolute, theils relative. Absolute Behinderungsgründe:

a) Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann nicht mitwirken: aa) der Ehegatte des Erblassers, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht (§ 2334 Ziff. 1), bb) wer mit dem Erblasser in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist (§ 2334 Ziff. 2).

b) Als Gerichtsschreiber oder zweiter Notar oder Zeuge kann nicht mitwirken, wer zu dem Richter oder zu dem beurkundenden Notar in einem Verhältnisse der vorstehend unter a, aa und bb bezeichneten Art steht (§ 2336).

Hierzu ist noch Folgendes zu bemerken:

Das Gesetz schreibt ausdrücklich die Errichtung „vor einem Richter" vor. Hierdurch wird zu erkennen gegeben, daß das Testiren vor versammeltem Gerichte, einem Richterkollegium als solchem, ausgeschlossen sei. Nicht zugelassen ist, daß anstatt des Gerichtsschreibers ein Notar zugezogen wird. Die Mot. zum I. Entw. (V. S. 262) sagen hierüber: „An einem Bedürfnisse hierzu fehlt es und die Zulassung würde insofern nicht unbedenklich sein, als, wenn dies gestattet würde, leicht Zweifel entstehen könnten, wer der verhandelnde Beamte sei." Aus denselben Gründen ist auch bei der Errichtung des Testaments vor einem Notar die Zuziehung eines Richters an Stelle des zweiten Notars ausgeschlossen worden.

Daß der letztwillig Verfügende bei der Errichtung seiner letztwilligen Ver-

---

der RTK wurde jedoch vom RT die Zulassung des Privattestaments oder sog. holographen Testaments beschlossen. Zwischen beiden ordentlichen Testamentsformen steht dem Testamentserrichter in der Regel die Wahl zu (vergl. jedoch § 2247).

[6]) In Bayern, sowie in den Gebieten des französischen und des badischen Rechts ist für das öffentliche Testament ausschließlich die notarielle Form vorgeschrieben; dieser Zustand wird durch das Einf.G. Art. 141 insofern aufrecht erhalten, als danach landesgesetzlich bestimmt werden kann, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften des B.G.B.'s gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Diese Vorschrift bezieht sich natürlich auch mit auf die öffentlichen Testamente.

[7]) Vergl. jedoch Art. 149 Einf.G. ‚wonach die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach denen bei der Errichtung einer Verfügung von Todeswegen der Richter an Stelle des Gerichtsschreibers oder der zwei Zeugen eine besonders dazu bestellte Urkundsperson zuziehen kann, für Sachsen vergl. hierzu S.G.B. § 2098 Bek. v. 22. 2. 65.

fügung nicht selbst zugleich als Richter, Notar u. s. w. mitwirken kann, ist als selbstverständlich betrachtet worden, (vergl. Mot. V. 263 flg.).

Zu 1, a, aa.) Die Vorschrift wegen der Unfähigkeit des Ehegatten des Erblassers gilt nicht blos für den verhandelnden, sondern auch für den von ihm an Stelle der Zeugen zugezogenen zweiten Notar.

Zu 1, a, bb.) Die mit dem Erblasser Verschwägerten sind auch dann von der Mitwirkung ausgeschlossen, wenn die die Schwägerschaft begründende Ehe nicht mehr besteht. Ein Zusatz wie bei § 2234 Ziff. 1 erschien hier wegen der Bestimmung in § 1590 Abs. 2 entbehrlich.

Zu den Verwandten des Erblassers im Sinne von § 2234 Ziff. 2 gehört auch der von ihm an Kindesstatt Angenommene (§ 1757) und die Abkömmlinge des letzteren (vergl. jedoch § 1762 Satz 2), nicht aber, wenn der Erblasser ein Mann ist, dessen uneheliche Kinder (§ 1589 Abs. 2). Errichtet die uneheliche Mutter ein Testament, so kommt § 1705 in Betracht, wonach das uneheliche Kind im Verhältnisse zur Mutter und zu den Verwandten der Mutter die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat.

Zu 1, b.) Aus der Fassung der Vorschrift sowie aus § 2237 verbd. mit § 2234 Ziff. 1 ergiebt sich, daß Frauen (vergl. dagegen S.G.B. § 2102) an sich als Testamentszeugen zugezogen werden können. Allerdings sollen nach Art. 151 Satz 1 des Einf.-G. durch die Vorschriften der §§ 2234 bis 2245 des B.G.B. die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt werden. Allein nach Satz 2 des Art. 151 hat ein Verstoß gegen eine solche Vorschrift, unbeschadet der Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung zu bleiben.

Die erforderliche Fähigkeit der mitwirkenden Personen braucht natürlich nur zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden zu sein, der später eintretende Mangel schadet nichts. Andrerseits kann der spätere Wegfall eines wesentlichen Mangels das Testament nicht gültig machen.

Die relativen Behinderungsgründe sind in § 2235 enthalten: „Als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge kann bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken, wer in dem Testamente bedacht wird oder wer zu einem Bedachten in einem Verhältnisse der in §§ 2234 bezeichneten Art steht."

Hierzu ist zu bemerken:

Die Nichtbefolgung dieses Verbotes soll nur in beschränkter Weise wirken, es wird nur die betreffende Zuwendung an den Bedachten für unwirksam (nichtig) erklärt (§ 2235 Abs. 2). Das S.G.B. § 2076 behandelt das Verbot als einen Fall der Erwerbsunfähigkeit der betreffenden Personen, dehnt jedoch die Erwerbsunfähigkeit auch auf die Personen aus, die mit dem Ehegatten der Gerichts- oder Urkundspersonen oder der Zeugen verwandt oder verschwägert sind. Nach D.G.B. sind jedoch von der Mitwirkung nur ausgeschlossen: die Bedachten sowie

die Ehegatten, Verwandten und Verschwägerten der Bedachten, nicht auch die Verwandten und Verschwägerten der Ehegatten der Bedachten. Die Vorschrift gilt nicht blos von dem verhandelnden, sondern auch von dem zugezogenen zweiten Notar.

Nach Entw. I § 1916 Abs. 2 sollten von der Mitwirkung auch der Testamentsvollstrecker sowie der Ehegatte, die Verwandten und Verschwägerten des Testamentsvollstreckers ausgeschlossen sein. Diese Bestimmung hat jedoch im Gesetzbuche keine Aufnahme gefunden. Demnach kann z. B. bei der Errichtung des Testaments vor einem Notar die Testamentsvollstreckung dem verhandelnden Notare selbst übertragen werden. Sind dem Testamentsvollstrecker in dem Testamente für seine Mühwaltungen Gebühren ausgesetzt, so würden diese, soweit sie sich innerhalb der Grenzen des Ueblichen halten, nicht als eine Zuwendung nach § 2235 anzusehen, soweit sie jedoch jenes Maß überschreiten, der Mehrbetrag als ein Vermächtniß an eine mitwirkende Person anzusehen und daher als unwirksam in Wegfall zu bringen, die Ernennung zum Testamentsvollstrecker aber aufrecht zu halten sein (vergl. Fischer und Henle, B.G.B. f. d. deutsche Reich, S. 938 Anm. 3 zu § 2235).

Die Vorschrift in § 2235 gilt, gleichviel ob das Testament mündlich erklärt oder schriftlich und verschlossen übergeben wird (§ 2238). Dagegen ist von der Aufnahme einer dem gemeinrechtlichen S. C. Libonianum entsprechenden Bestimmung (vergl. S.G.B. § 2077) abgesehen werden. Ueber die Gründe vergl. Mot. V, S. 275.

Die Bestimmungen in §§ 2234 bis 2236 leiden auch auf die Urkundspersonen (Art. 149 Einf.-G.) Anwendung (Art. 149 Abs. 2).

Blose Ordnungsvorschriften sind, wie schon erwähnt, in § 2237 enthalten, wonach nicht mitwirken sollen: Minderjährige, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig Erklärten während der Zeit der Aberkennung, wer nach den Vorschriften der Strafgesetze unfähig ist, als Zeuge eidlich vernommen zu werden (vergl. St.G.B. § 34 Nr. 5) sowie wer als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars (also nicht auch des zugezogenen zweiten Notars) steht. Die Nichtbeobachtung dieser Vorschriften ist jedoch ohne Einfluß auf die Gültigkeit des Testaments.

2.) Zugelassen sind (§ 2238) zwei Formen des öffentlichen Testaments: der Erblasser kann entweder

a) dem Richter oder Notar seinen letzten Willen mündlich erklären, oder

b) ihm eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte. Die Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden, sie kann von dem Erblasser oder von einer anderen Person geschrieben sein, braucht jedoch nicht unterschrieben zu sein. Wer aber minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann nur in der Form unter a, wer nach der Ueberzeugung des Richters oder Notars stumm oder sonst am Sprechen

verhindert ist, nur in der Form unter b testiren (§ 2343). In Ansehung des Stoffes, auf dem der letzte Wille geschrieben sein soll, hinsichtlich der Schreibmittel (Tinte, Bleistift u. s. w.) sowie betreffs der Art der Schrift ist im Gesetzbuche nichts bestimmt. Insbesondere ist die Vorschrift in § 2096 des S.G.B.'s, wonach Zeichenschrift ausgeschlossen sein soll, nicht mit aufgenommen werden.

Die sämmtlichen bei der Errichtung des Testaments mitwirkenden Personen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein (§ 2239). Dies gilt nicht blos vom Richter oder Notar, sondern auch von den zugezogenen Personen. Es genügt also nicht, daß diese blos bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolls gegenwärtig sind (vergl. auch S.G.B. § 2093 Satz 2). Die Vorschrift ist nicht blos Ordnungs-, sondern wesentliche Formvorschrift, deren Nichtbeobachtung Nichtigkeit der Testamentserrichtung zur Folge hat. Immerhin muß sie cum grano salis aufgefaßt werden. So z. B. würde in einer kurzen, durch dringende Bedürfnisse veranlaßten Entfernung einer der mitwirkenden Personen, während deren eine eigentliche Verhandlung gar nicht stattgefunden hat, sondern vielleicht nur das Protokoll niedergeschrieben worden ist, noch keine Verletzung des Gesetzes gefunden werden können.

Ueber die Errichtung des Testaments muß ein Protokoll und zwar — abgesehen von dem Falle des § 2245 Abs. 2 — in deutscher Sprache aufgenommen werden. Das Erforderniß der deutschen Sprache entspricht der Bestimmung in § 186 des G.V.G.

3.) Wesentlicher Inhalt des Protokolles:

a) Ort und Tag der Verhandlung; b) die Bezeichnung des Erblassers und der bei der Verhandlung mitwirkenden Personen; c) die nach § 2338 (vergl. oben unter 2, a und b) erforderlichen Erklärungen des Erblassers und im Falle der Uebergabe einer Schrift die Feststellung der Uebergabe (§ 2241). Das Protokoll muß vorgelesen, von dem Erblasser, dem es auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden soll, genehmigt und von ihm eigenhändig unterschrieben werden. Daß die Vorlesung, Genehmigung und eigenhändige Vollziehung des Protokolles erfolgt sei, muß in diesem festgestellt werden. Erklärt der Erblasser, daß er nicht schreiben könne, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokolle ersetzt. Zur Gilltigkeit des Aktes ist noch erforderlich, daß das Protokoll auch von den mitwirkenden Personen unterschrieben wird (§ 2242).

Hierzu ist noch Folgendes zu bemerken: Die Vorlesung des Protokolles hat nicht allein dem Erblasser gegenüber, sondern auch den mitwirkenden Nebenpersonen gegenüber zu erfolgen. Denn auch sie müssen von dem Inhalte Kenntniß erhalten, insofern sie berufen sind, darüber zu wachen, daß Alles ordnungsmäßig vor sich gehe und daß insbesondere das Niedergeschriebene wirklich den Willen des Verfügenden wiedergebe (M. V, S. 273). Sie haben dies auch durch ihre Mitunterschrift zu bestätigen (§ 2242 Abs. 3). Ebenso erscheint das Erforderniß

der eigenhändigen Unterschrift des Verfügenden als Regel (vergl. jedoch § 2242 Abs. 1) unentbehrlich, weil nach der Auffassung des Lebens die Unterschrift die endgültige Bestätigung der Genehmigung bildet (M. V, 273). Das Erforderniß der Eigenhändigkeit der Unterschrift entspricht der Bestimmung in § 126 Abs. 1. vergl. oben zu A, II, a

Nur wenn der Erblasser erklärt, nicht schreiben zu können, hat die Unterschrift zu unterbleiben, gleichviel ob er überhaupt des Schreibens unkundig oder in Folge einer Krankheit oder Verletzung der Hand nur zeitweilig am Schreiben verhindert ist. An die Stelle der Unterschrift tritt dann die Feststellung der Erklärung des Nichtschreibenkönnens im Protokoll. Stellt sich später heraus, daß die Erklärung unwahr gewesen ist, so wird dadurch die letztwillige Verfügung nicht hinfällig (vergl. M. V S. 273).

Die vorstehend aufgeführten Erfordernisse einschließlich der Mitunterschrift der mitwirkenden Nebenpersonen müssen sämtlich erfüllt sein, wenn das Testament gültig sein soll. Stirbt daher der Erblasser vorher, so ist seine Verfügung ungültig, mag er auch seinerseits Alles gethan haben, was ihm zu thun obgelegen hat, um den gewollten rechtlichen Erfolg herbeizuführen. Das Nämliche muß auch gelten, wenn eine der mitwirkenden Nebenpersonen vor der unterschriftlichen Mitvollziehung des Protokolles stirbt.

Die Vorschrift in § 2242 Abs. 1 Satz 3, wonach das Protokoll dem Erblasser auf Verlangen zur Durchsicht vorgelegt werden soll, ist jedoch eine blose Ordnungsvorschrift. Wäre daher die Vorlegung ausnahmsweise bis nach der Unterschrift des Protokolles durch den Erblasser und die mitwirkenden Personen verschoben worden und der Erblasser nun erst, also erst nach erfolgter Unterschrift, jedoch noch vor der Vorlegung verstorben, so würde dies der Gültigkeit des Testaments nicht entgegenstehen. Die Vorlegung braucht auch im Protokolle nicht festgestellt zu werden.

4.) Besondere Vorsichtsmaßregeln sind noch für den Fall getroffen, wenn der Erblasser nach der Ueberzeugung des Richters oder des Notars stumm oder sonst am Sprechen verhindert ist (§ 2243). Hier muß der Erblasser, der in diesem Falle das Testament nur durch Uebergabe einer Schrift (vergl. oben unter 2b) errichten kann, im Protokoll oder auf einem besonderen, dem Protokolle als Anlage beizufügenden Blatte die bei der Verhandlung eigenhändig geschriebene Erklärung abgeben, daß die von ihm übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte. Das eigenhändige Niederschreiben der Erklärung sowie die Ueberzeugung des Richters oder Notars, daß der Erblasser am Sprechen verhindert ist, muß im Protokolle festgestellt werden. Der besonderen Genehmigung des Protokolles durch den Erblasser bedarf es dann nicht. Diese könnte ja ebenfalls nur schriftlich erfolgen.

Nach S.G.B. § 2098 kann und bez. muß ein Stummer die Erklärung, daß die von ihm übergebene Urkunde seinen letzten Willen enthalte, entweder in-

Gegenwart des Gerichts eigenhändig schreiben oder durch eine mit ihm vor Gericht anwesende verpflichtete Vertrauensperson abgeben lassen. Die letztere Modalität ist nach D.G.B. nicht gestattet.

5.) In § 2244 sind die Erfordernisse geregelt, die zu beobachten sind, wenn der Erblasser nach seiner Angabe der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Die Voraussetzung des Falles ist, daß der Erblasser erklärt, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, auf die Wahrheit der Versicherung kommt es nicht an (vergl. M. V, S. 278).

Nothwendig ist in diesen Fällen

a) die Zuziehung eines vereideten Dolmetschers bei der Errichtung des Testaments.[8]) Eine Ausnahme hiervon ist nur in dem Falle des § 2245 Abs. 2 gestattet (vergl. nachstehend unter 6). Auf den Dolmetscher leiden die für einen Zeugen geltenden Vorschriften in §§ 2234 bis 2237 entsprechende Anwendung, insbesondere also auch die vorstehend unter 1 aufgeführten absoluten und relativen Hinderungsgründe. Weiter muß

b) das — in deutscher Sprache aufzunehmende — Protokoll in die Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, übersetzt und diese Uebersetzung entweder von dem Dolmetscher angefertigt, oder beglaubigt,[9]) in jedem Falle auch von ihm vorgelesen und die Uebersetzung dem Protokolle als Anlage beigefügt werden.[10])

c) das Protokoll muß die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie den Namen des Dolmetschers und die Feststellung enthalten, daß der Dolmetscher die Uebersetzung angefertigt oder beglaubigt und sie vorgelesen habe.

d) der Dolmetscher muß das Protokoll unterschreiben.

---

[8]) Der Dolmetscher ist nach der Auffassung des Gesetzes das Organ, durch das der Verfügende zu den übrigen mitwirkenden Personen redet. Das, was der Dolmetscher als den Willen des Verfügenden mittheilt, wird so angesehen, als wäre es von dem Verfügenden selbst in deutscher Sprache erklärt (Mot. V. S. 278).

[9]) Nicht ganz genau sagt m. E. Strohal, das deutsche Erbrecht nach dem B.G.B. S. 21: der Dolmetscher „hat das — Protokoll zu übersetzen und die Uebersetzung zu beglaubigen und vorzulesen". § 2244 Abs. 2 Satz 2 lautet: „Die Uebersetzung muß von dem Dolmetscher angefertigt oder beglaubigt und vorgelesen werden." Hiernach dürfte es ausreichen, wenn der Dolmetscher entweder das Protokoll in die Sprache des Erblassers selbst übersetzt oder die von einem anderen angefertigte Uebersetzung beglaubigt (vergl. auch Abs. 3 des § 2244). In jedem Falle muß aber, was auch Strohal deutlich zum Ausdrucke bringt, die Uebersetzung von dem Dolmetscher vorgelesen werden.

[10]) Im I. Entw. § 1923 Absatz 3 war noch bestimmt, daß die Uebersetzung nicht blos dem Protokolle als Anlage beigefügt, sondern auch als solche im Protokolle bezeichnet werden müsse. Im Gesetzbuche ist nur vorgeschrieben worden, daß die Uebersetzung dem Protokolle als Anlage beigefügt werden müsse. Die ausdrückliche Bezeichnung der Uebersetzung als Anlage im Protokolle ist deshalb nicht unbedingt nothwendig, weil ja nach Abs. 3 Satz 1 des § 2244 die Anfertigung oder Beglaubigung sowie die Vorlesung der Uebersetzung im Protokolle festgestellt werden muß. Immerhin wird es rathsam sein, die Uebersetzung auch als Anlage im Protokolle selbst zu bezeichnen.

Natürlich leiden auf das Protokoll auch die übrigen in §§ 2241 aufgeführten Erfordernisse Anwendung. Es muß also das Protokoll auch von den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben und deshalb in deutscher Sprache vorgelesen werden. Die Motive zum I. Entw. V S. 279 sagen hierüber: „Allerdings nützt diese Vorlesung dem Verfügenden nichts, allein die Vorlesung muß dennoch wegen der übrigen mitwirkenden Personen erfolgen. Das Protokoll ist von dem Verfügenden zu unterschreiben, aber auch dessen Genehmigung, welche vom Dolmetscher als erklärt mitzutheilen ist, ist im Protokolle zu erwähnen. Die Uebersetzung hat lediglich den Charakter einer Vorsichtsmaßregel, indem sie die Gewähr bietet, daß der Dolmetscher als Organ des Verfügenden richtig fungirt hat. Der Dolmetscher wird gleich dem Zeugen eine mitwirkende Person; er hat ebensowenig wie der Richter oder Notar das Protokoll selbst zu genehmigen, sondern nur mitzuvollziehen".

6. Die Zuziehung eines Dolmetschers in den vorstehend unter 5 erwähnten Falle ist blos dann entbehrlich, wenn sämmtliche mitwirkende Personen ihrer Versicherung nach der Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, mächtig sind. Unterbleibt jedoch in diesem Falle die Zuziehung eines Dolmetschers, so muß das Protokoll in der fremden Sprache aufgenommen werden und die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, sowie die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, enthalten (§ 2245).

Hierzu ist Folgendes zu bemerken:

a) Diese Vorschriften sind zwingender Natur. Sie gelten auch für das gemeinschaftliche Testament, für den Erbvertrag (§ 2276) wo ausdrücklich ausgesprochen ist, daß § 2245 auf jeden der Vertragschließenden zur Anwendung zu bringen ist, sowie für die außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249 bis 2251.

b) Im Schlußsatz von § 2245 Abs. 2 ist noch bestimmt, daß dem in der fremden Sprache aufgenommenen Protokolle eine deutsche Uebersetzung als Anlage beigefügt werden solle. Diese Bestimmung ist jedoch nur Ordnungsvorschrift, ihre Nichtbeobachtung beeinflußt nicht die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung.

c) Die Vorschrift in § 2245 Abs. 1 ist natürlich nur fakultativ. Der Richter oder Notar kann in dem dort vorgesehenen Falle von der Zuziehung eines Dolmetschers absehen, er muß dies aber nicht. Er kann trotz der Versicherung sämmtlicher mitwirkender Personen, daß sie der Sprache des Erblassers mächtig seien, einen Dolmetscher zuziehen und nach § 2244 verfahren, das Protokoll also in deutscher Sprache aufnehmen und durch den Dolmetscher übersetzen lassen. Hierzu wird der Richter oder Notar namentlich dann sich veranlaßt sehen, wenn er an der Wahrheit der von den mitwirkenden Personen abgegebenen Versicherung, daß sie der Sprache des Erblassers mächtig seien, gegründeten Zweifel hat.

d) Strohal, das deutsche Erbrecht S. 21 nennt die Vorschrift in § 2245

Abs. 2 eine steife und meint, sie lasse die zweifellos vorhandene Möglichkeit unberücksichtigt, daß der Erblasser oder der dem Erblasser bei einem Erbvertrage gegenüberstehende Vertragstheil, obschon er der deutschen Sprache mächtig sei, aus anderem guten Grunde, nämlich um nur von denjenigen verstanden zu werden, denen er sich verständlich machen muß, sich einer fremden Sprache bedienen will, vergl. die von Strohal a. a. O. in Note 6 angeführten Beispiele, wonach die Aufnahme des Protokolls in der fremden Sprache, in der sich der Erblasser erklärt, dann ausgeschlossen sein soll, wenn der Erblasser außer dieser Sprache gleichzeitig auch der deutschen Sprache mächtig ist.

Die Bedenken Strohals sind an sich nicht unbegründet. Gewiß kann auch ein Deutscher, der zugleich einer fremden Sprache mächtig ist, recht wohl in die Lage kommen, sich bei der Errichtung eines Testamentes der fremden Sprache bedienen zu müssen. Er kann sogar ein wesentliches Interesse daran haben, sich der fremden Sprache zu bedienen, wie aus den von Strohal angeführten Beispielen hervorgeht. Allein andererseits kommt doch in Betracht, daß die Voraussetzung des Abs. 2 von § 2245 wie bei § 2244 immer nur die Erklärung des Erblassers, daß er der deutschen Sprache nicht mächtig sei, nicht auch die Wahrheit dieser Erklärung ist.

Eine Prüfungspflicht liegt dem Richter oder Notar hier nicht ob. Eine Prüfung von Amtswegen hat nur in der Richtung stattzufinden, ob die Versicherung der mitwirkenden Personen, daß sie der fremden Sprache mächtig seien, in Wahrheit beruhe (vergl. Motive V S. 279). Ob der Verfügende der deutschen Sprache nicht mächtig sei, kann dem verhandelnden Beamten gleichgültig sein, da jener sich ja der deutschen Sprache nicht bedienen will. Dementsprechend ist auch in dem Protokolle nicht die Wahrheit der Erklärung des Verfügenden, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, sondern nur die Thatsache festzustellen, daß diese Erklärung abgegeben worden sei.

Anders würde sich freilich nach § 2096 des Sächs. B.G.B.'s die Sache gestalten, wo ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß der Erblasser der deutschen Sprache wirklich nicht mächtig sei. Nach dieser Bestimmung würde in den von Strohal aufgeführten Fällen ein Deutscher sowie überhaupt ein Erblasser, der der deutschen Sprache mächtig ist, allerdings nicht in einer fremden Sprache testiren können.

7. Blose Ordnungsvorschrift ist die Bestimmung in § 2266, wonach das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll nebst Anlage, insbesondere im Falle der Errichtung durch Uebergabe einer Schrift nebst dieser Schrift vor dem Richter oder dem Notar in Gegenwart der übrigen mitwirkenden Personen und des Erblassers mit dem Amtssiegel verschlossen, mit einer das Testament näher bezeichnenden, von dem Richter oder dem Notar zu unterschreibenden Aufschrift versehen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht, dem

Erblasser aber über das in amtliche Verwahrung genommene Testament ein Hinterlegungsschein ertheilt werden soll,

vergl. auch S.G.B. § 2096. Sächs. Ges. vom 26. Februar 1870.

Zu II., das eigenhändige (privatschriftliche, holographe) Testament, Privattestament § 2231 Ziff. 2.

1. Zur Gültigkeit eines solchen genügt eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig ge- und unterschriebene Erklärung. Diese wenigen Erfordernisse müssen aber zusammentreffen, wenn das privatschriftliche Testament gültig sein soll. Hat also der Erblasser entweder die Erklärung nicht eigenhändig geschrieben oder sie nicht eigenhändig unterschrieben oder sie nicht mit Angabe des Ortes und Tages versehen, so ist das Testament in alle Wege ungültig. Unter der Angabe des Ortes und Tages, die natürlich ebenfalls eigenhändig bewirkt sein muß, kann nichts Anderes als die Angabe von Ort und Tag der Ausstellung des Schriftstückes, d. h. des Ortes und Tages, wo und wann die unterschriftliche Vollziehung erfolgt ist, verstanden werden. Sind also Niederschrift und unterschriftliche Vollziehung an verschiedenen Orten und zu verschiedenen Zeiten bewirkt werden, so wird Ort und Tag der unterschriftlichen Vollziehung anzugeben sein. Die unter der Erklärung befindliche Angabe von Ort und Tag schließt natürlich nicht den Beweis der Unrichtigkeit der Angabe aus. Wird durch diesen Beweis zugleich dargethan, daß das privatschriftliche Testament an anderen Mängeln leide, daß z. B. der Erblasser zur Zeit der Ausstellung noch nicht das zur Errichtung eines derartigen Testaments erforderliche Alter (§ 2247) gehabt habe, so ist die letztwillige Verfügung aus diesem Grunde ungültig. Abgesehen hiervon ist der Ansicht beizutreten, daß blose Ungenauigkeiten und selbst Unrichtigkeiten in der Orts- und Tagesangabe für sich allein und abgesehen von anderen Mängeln das Testament noch nicht ohne Weiteres ungültig machen (vergl. auch Strohal, das deutsche Erbrecht 2c. S. 19, Note 3). Das Gesetz verlangt in diesem Punkte nicht mehr als eigenhändige Angabe des Ortes und Tages. Hiermit ist diese Formvorschrift erfüllt.

2.) Hinsichtlich der Sprache und der Schrift des holographen Testaments ist nichts besonderes vorgeschrieben. Es muß daher angenommen werden, daß der Erblasser hier freie Wahl hat. Auch Zeichenschrift ist nicht ausdrücklich ausgeschlossen, wie dies z. B. in § 2104 letzter Satz obd. § 2096 Satz 2 des S.G.B. geschehen ist. Ob jedoch die Verwendung der Zeichenschrift in jedem einzelnen Falle für genügend zu betrachten sei, wird deshalb noch nicht unbedingt zu bejahen, sondern jedesmal nach Lage der Sache besonders zu prüfen sein (vergl. auch Strohal S. 22). Es wird hierbei namentlich auf die Art und Verständlichkeit der gewählten Schrift Rücksicht zu nehmen sein (Stenographie).

3.) Wer minderjährig ist oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann ein privatschriftliches Testament nicht errichten (§ 2247). Er ist, abgesehen von den außerordentlichen Testamentsformen der §§ 2249 bis 2257, auf die gericht-

liche oder notarielle Form (§ 2231 Ziff. 1) beschränkt und kann auch hier das Testament nicht durch Uebergabe einer Schrift, sondern nur durch mündliche Erklärung zu Protokoll errichten (§ 2238 Abs. 2).

4.) Auf Verlangen des Erblassers ist das privatschriftliche Testament in amtliche Verwahrung zu nehmen und dem Erblasser ein Hinterlegungsschein zu ertheilen (§ 2248). Die Gültigkeit des Testaments hängt jedoch hiervon nicht ab. Ebensowenig ist die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung auf die Wirksamkeit des privatschriftlichen Testaments von Einfluß (§ 2256 Abs. 3). Anders bei dem vor einem Richter oder Notar errichteten Testamente, vergl. § 2256 Abs. 1.

5.) Zur Errichtung eines privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments (2265) genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament nach Maßgabe von § 2231 Ziff. 2 errichtet und der andere Ehegatte die mit Angabe des Ortes und Tages versehene, eigenhändig ge- und unterschriebene Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle (§ 2267).

6.) Durch das privatschriftliche Testament sind die Bestimmungen in §§ 2084, 2115 und 2383 des S.G.B. verüberflüssigt. Das Nämliche gilt auch von dem sog. Diplomatentestamente (§ 2223 des Entw. III. oder der Reichstagsvorlage).

Das legatum herede praesente relictum (§ 2384 des S.B.G., Oralfideikommiß) hat im D.G.B. keine Aufnahme gefunden.

B.) Außerordentliche Testamentsformen, §§ 2249, 2250 und 2251. Sie sind bestimmt für außergewöhnliche Fälle des Lebens und gestatten sämmtlich ein Abgehen von den bei der Testamentserrichtung vor einem Richter oder Notar vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Die nach diesen außerordentlichen Formen errichteten Testamente haben mit einander gemein, daß sie als nicht errichtet gelten, wenn seit der Errichtung drei Monate verflossen sind und der Erblasser noch lebt, vergl. § 2352. Die außerordentlichen Testamente nach D.G.B. sind:

1.) Das Gemeindetestament (§ 2249); es setzt die Besorgniß voraus, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich ist. Solchenfalls kann der Erblasser vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder, falls er sich in dem Bereich eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirkes aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirkes testiren.

An Stelle des Vorstehers oder neben diesem kann auch eine andere amtlich bestellte Person zuständig sein, wenn dies durch Landesgesetz bestimmt ist (Art. 150 des Einf.-G.). Der Vorsteher oder die sonst amtlich bestellte Person tritt an die Stelle des Richters oder Notars und muß zur Testamentserrichtung zwei Zeugen zuziehen, die Vorschriften über die Behinderungsgründe (2234 bis 2237), das Verfahren bei der Errichtung (2238), die fortdauernde Gegenwart der mitwirkenden Personen bei der Testamentserrichtung (2239), die Protokollaufnahme (2240 bis 2246) leiden Anwendung.

Die Besorgniß, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht möglich war, muß im Protokolle festgestellt werden; stellt sich jedoch hinterdrein heraus, daß die Besorgniß nicht begründet war, so steht dies der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich zwar, daß das blose Nichtvorhandensein eines Richters oder Notars oder die blose Verhinderung des vorhandenen Richters oder Notars am Orte der Testamentserrichtung für sich allein nicht genügt, um die Voraussetzung des Gemeindetestaments zu erfüllen. Vielmehr muß die Gefahr hinzutreten, die Errichtung der letztwilligen Verfügung werde durch den Eintritt des Todes des Erblassers deshalb vereitelt werden, weil den Erfordernissen der Testamentserrichtung vor einem Richter oder Notar nicht genügt werden kann. Andererseits aber geht der Inhalt der Voraussetzung nur dahin, daß der beurkundende Beamte den Nothstand im Protokolle festgestellt hat, d. h. ein Gegenbeweis gegen das im Protokolle festgestellte Vorhandensein der Voraussetzung ist nicht zugelassen.

Bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2265) braucht die Voraussetzung des § 2249 nur auf Seiten des einen der Ehegatten vorzuliegen (§ 2266).

2.) Das Testament Abgesperrter, ähnlich wie das testamentum tempore pestis conditum (S.G.B. § 2113, 2114) setzt voraus, daß der Erblasser sich an einem Orte aufhält, der in Folge einer Krankheit oder in Folge sonstiger außerordentlicher Umstände dergestalt abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar nicht möglich oder wesentlich erschwert ist. Die Form ist hier entweder die des Gemeindetestaments (vorstehend unter 1) oder mündliche Erklärung vor drei Zeugen. Wird die letztere Form gewählt, so muß über die Errichtung ebenfalls ein Protokoll aufgenommen werden. Auf das Protokoll leiden die Vorschriften in §§ 2240 bis 2242, 2245 Anwendung, unter Zuziehung eines Dolmetschers kann ein Testament in dieser Form nicht errichtet werden. Die Behinderungsgründe in § 2234, 2235 sowie die Bestimmungen in § 2237 Ziff. 1—3 finden auch auf die Zeugen Anwendung.*)

Hierzu ist noch zu bemerken:

a) Das Gesetz setzt nicht, wie § 2114 des S.G.B., ausschließlich eine Epidemie oder ansteckende Krankheit voraus, von der entweder der Erblasser, oder Jemand in dem Hause, in dem er wohnt, befallen sein muß. Auch wird nicht erfordert, daß die hindernde Absperrung auf obrigkeitlicher Verfügung beruht, die

*) Die Vorschriften in § 2236 und 2237 Ziff. 4 erledigen sich hier von selbst, da bei der Errichtung vor drei Zeugen ein Richter, Notar, Vorsteher u. s. w. überhaupt nicht vorhanden ist. Wird dagegen bei dem Testamente Abgesperrter die Form des Gemeindetestaments (§ 2249 Abs. 1) gewählt, so leiden auf die Zeugen auch die Vorschriften in § 2236 und 2237 Ziff. 4 Anwendung. Denn § 2250 Abs. 2 Satz 2 bezieht sich nur auf den Fall, wenn die Erklärung vor drei Zeugen gewählt wird.

Absperrung kann auch durch Naturereignisse oder durch Aufruhr oder durch kriegerische, den Verkehr hindernde Ereignisse thatsächlich herbeigeführt sein. Ebensowenig ist, wie nach § 2114 S.G.B. erforderlich, daß die Krankheit bereits herrscht, es genügt schon das Ausbrechen der Krankheit;[11]) auch das Wohnen in dem abgesperrten Orte wird nicht vorausgesetzt, der blose Aufenthalt genügt, da die Unmöglichkeit oder erhebliche Erschwerung der Testamentserrichtung vor einem Richter oder Notar sich auch bei einem blos vorübergehenden Verweilen an einem solchen Orte z. B. bei einem auf der Reise Befindlichen ergeben kann.

b) Die Errichtung des Testaments vor drei Zeugen ist nicht blos, wenn die Form des Gemeindetestaments (§ 2249) versagt, z. B. der Vorsteher nicht zu erlangen ist, sondern neben dieser Form wahlweise gestattet. Die Zahl der Zeugen (drei) entspricht der Vorschrift in § 2113 des S.G.B.

c) Wird mündliche Erklärung vor drei Zeugen gewählt, so sind die Zeugen ebenfalls nicht blos Beweis- sondern Solennitätszeugen. Der Zweck ihrer Zuziehung ist wie bei der Errichtung des Testaments vor Richter oder Notar oder Vorsteher nicht Sicherung des Beweises, sondern Erfüllung einer rechtsgeschäftlichen Form. Obwohl daher die Vorschrift in § 2239 nicht ausdrücklich in § 2250 mit angezogen ist, muß gleichwohl davon ausgegangen werden, daß die Zeugen auch hier bei der ganzen Verhandlung sämmtlich gegenwärtig sein müssen.

Das Protokoll muß natürlich von einem der Zeugen aufgenommen werden.

3.) Das Seefahrertestament oder Seetestament (§ 2251). Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine[12]) gehörenden Fahrzeugs (Kauffahrteischiffs) außerhalb eines inländischen Hafens befindet, kann ein Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen errichten. Auf die Errichtung finden die Bestimmungen in § 2250 Abs. 2 (vergl. vorstehend unter 2) ebenfalls Anwendung.

Wie bereits oben hervorgehoben wurde, gilt ein nach Punkt 1, 2 und 3 (§§ 2249 bis 2251) errichtetes Testament als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verflossen sind und der Erblasser noch lebt. In diesen sämtlichen Fällen handelt es sich um ein Nothtestament. Es fehlt aber, wie die Motive zu Entw. I, Bd. V S. 282 bemerken, an hinreichenden Gründen, einem derartigen Nothtestamente noch Wirksamkeit zuzugestehen, wenn der Verfügende die Lage, die ihn zu einer solcher letztwilligen Verfügung berechtigte, überlebt hat und und noch ein weiterer Zeitraum verflossen ist, innerhalb dessen es dem Verfügenden möglich war, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten. Deshalb sind aber auch nach § 2252 Abs. 2 Beginn und Lauf der dreimonatigen Frist

[11]) Die Motive (V 284) sagen: „Diese Beschränkung der Voraussetzung ist geboten mit Rücksicht darauf, daß, wie die Erfahrung der jüngsten Zeit lehrt, nicht selten auch dann der Kranke sofort isolirt wird, wenn der erste Fall einer ansteckenden Krankheit sich zeigt.

[12]) Hinsichtlich der zur Kaiserlichen Marine gehörenden Schiffe s. Art. 44 des Einf.-G. und weiter unten.

gehemmt, solange der Erblasser außer Stande ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten. Auch wird in dem Falle des Seetestaments (§ 2251), wenn der Erblasser vor dem Ablaufe der Frist eine neue Seereise antritt, die Frist dergestalt unterbrochen, daß nach Beendigung der neuen Reise die volle Frist von neuem zu laufen beginnt (§ 2252 Abs. 3).

Wird der Erblasser nach dem Ablaufe der drei Monate für todt erklärt, so behält in sämtlichen Fällen das Testament seine Kraft, wenn die Frist zu der Zeit, wo der Erblasser den vorhandenen Nachrichten zu Folge noch gelebt hat, noch nicht verstrichen war (§ 2252 Abs. 4).

Die Vorschriften über das Soldatentestament in § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 bleiben aufrecht erhalten, (vergl. Einf.-G. Art. 32 und 44) und finden nach der letzeren Bestimmung entsprechende Anwendung auf Personen, die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes der Kaiserlichen Marine gehören, solange das Schiff sich außerhalb des inländischen Hafens befindet oder die Personen als Kriegsgefangene oder Geiseln in der Gewalt des Feindes sind, ingleichen auf andere an Bord eines solchen Schiffes genommene Personen, solange das Schiff sich außerhalb eines inländischen Hafens befindet und die Personen an Bord sind. Wegen der Berechnung der Frist, mit deren Ablaufe die letztwillige Verfügung ihre Gültigkeit verliert, vergl. Art. 44 Satz 2. Den Schiffen stehen auch die sonstigen Fahrzeuge der Kaiserlichen Marine gleich (Art. 44 Satz 3).

Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung hat, wenn er ausdrücklich geschieht, in Testamentsform zu erfolgen (§ 2254). Es ist gleich, in welcher Form das zu widerrufende Testament errichtet ist, der Widerruf kann in jeder zulässigen Testamentsform erklärt werden. Natürlich müssen, wenn eine der außerordentlichen Testamentsformen (§§ 2249 bis 2251) gewählt wird, die dort vorgeschriebenen Voraussetzungen vorliegen.

Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung kann selbst widerrufen werden und zwar ebenfalls in Testamentsform. Durch den Widerruf des Widerrufs wird die widerrufene letztwillige Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre (§ 2257).

Im Uebrigen vergl. wegen des Widerrufs noch §§ 2255, 2256, 2258 und 2272.

Für ein weiteres Eingehen auf die einzelnen, dem Formzwange des D.B.G.B. unterliegenden Rechtsgeschäfte selbst ist hier nicht der Ort. Der Zweck dieser Abhandlung ging hauptsächlich dahin, dem Leser einen Ueberblick über diese Rechtsgeschäfte sowie über die Bedeutung und Tragweite der betreffenden Formvorschriften zugeben.

Die Zweigniederlassung.

Von Rechtsanwalt Walther Schulze in Zittau.

(Fortsetzung.)

§ 9. Register.

Nur in Art. 21, 86, 152, 179, 198, 212, 214 des H.G.B.'s sind bis zur Novelle vom 18. Juli 1884, welche sich jedoch bloß auf Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien bezieht, Einträge in das Register der Zweigniederlassung ausdrücklich entweder direkt oder durch Bezugnahme auf die Gesetzesstellen, in welchen der Zweigniederlassung besonders gedacht ist, vorgeschrieben.

Auch dies darf vielleicht darauf zurückgeführt werden, daß die vom Gesetz besonders erwähnten, auf die Zweigniederlassung bezüglichen Einträge in das Register, abgesehen von dem in Art. 21 bezeichneten, erst in Folge der Vorschläge der Redaktionskommission in dritter Lesung beschlossen worden sind, und in dem dort gegebenen Zusammenhange keine Veranlassung vorlag, auf die übrigen Registereinträge zurückzukommen. Für die Beantwortung der in Folge dessen entstandenen, viel erörterten Streitfrage, inwieweit die Einträge im Register der Zweigniederlassung mit denjenigen im Register der Hauptniederlassung schon vor der Novelle vom 18. Juli 1884 und auch, soweit sie von dieser überhaupt nicht berührt werden, übereinstimmend zu halten seien, läßt sich aus den Protokollen, welche hierüber außer dem bereits Erwähnten nichts enthalten, kein Material gewinnen.

Prüft man nun aber das Handelsgesetzbuch selbst darauf, ob es vorschreibt, daß alle übrigen Einträge, welche im Register der Hauptniederlassung zu geschehen haben, wenn nicht wie aus dem Obigen erhellt ausdrücklich eine Beschränkung für das Register der Zweigniederlassung bestimmt ist, auch dort zu bewirken sind, so erscheint die Bejahung dieser Frage allerdings gerechtfertigt. Das Gesetz redet dann freilich immer nur vom Eintrag in das Handelsregister schlechthin, aber es ist doch, wenn man die Auffassung des Gesetzgebers von der Zweigniederlassung sich vergegenwärtigt, nicht ersichtlich, warum Einträge, welche beide Niederlassungen desselben Kaufmanns, die zwar räumlich von einander getrennt sind, aber doch zusammen ein Ganzes darstellen, in gleicher Weise berühren, in dem einen Register stehen, in dem andern aber unterbleiben sollen. Dies muß wenigstens dann gelten, wenn die Zweigniederlassung nicht in demselbem Registerbezirk wie die Hauptniederlassung liegt[69]).

---

[69]) Agricola, a. a. O. S. 289—304. Auch Thöl, a. a. O. Bd. I S. 178 flg., namentlich S. 182 ist, wenn ich ihn recht verstehe, gleicher Ansicht, denn er sagt, nach vorgängiger spezieller Aufführung der einzutragenden Thatsachen: „Hat in den vorhin genannten sechs Fällen der Kaufmann oder die Handelsgesellschaft mehrere Handelsniederlassungen in verschiedenen Registerbezirken, so ist zu jedem Handelsregister anzumelden." Die Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 ist dort, weil sie noch nicht erlassen war, nicht berücksichtigt. — Vergl.

Der für den beschränkten Umfang der Einträge hinsichtlich des Inhalts der Gesellschaftsverträge und Statutenänderungen von Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien geltend gemachte Grund, das Register der Zweigniederlassung nicht noch einmal mit den umfänglichen Eintragungen zu beschweren, kann hinsichtlich der übrigen Einträge nicht geltend gemacht werden, wie Agricola zutreffend bemerkt.

Das Handelsregister ist zuweilen mit dem Hypothekenbuche verglichen worden [70]). Will man hierbei stehen bleiben und die in einem anderen Registerbezirk als die Hauptniederlassung befindliche Zweigniederlassung mit einem in einem anderen Gerichtsbezirk gelegenen Pertinenzgrundstück, ihr Folium im Register mit einem „blinden", auf dem bei Grundstücken nach sächsischem Rechte nur die Sache und der Eigenthümer, sowie Veränderungen in dessen Person eingetragen werden [71]) vergleichen, so würde man, falls bezüglich der Zweigniederlassung nur diejenigen Einträge für vorgeschrieben erachtet würden, welche in den die Zweigniederlassung besonders erwähnenden und letztere wiederum in Bezug nehmenden Artikeln enthalten sind, zu dem Schlusse kommen, daß allerdings die Anzahl der die Zweigniederlassung betreffenden Einträge eine bestimmt begrenzte sein müsse.

Allein diesen Vergleich weiter durchzuführen, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als im Handelsgesetzbuch sich ein Prinzip, daß nur solche die Sache und die Person ihres Eigenthümers betreffenden Einträge bei der Zweigniederlassung vorgeschrieben seien, nicht ausgesprochen findet.

Des Art. 12 des H.G.B.'s, welcher vorschreibt, daß bei jedem Handelsgerichte ein Register zu führen sei, in welches die im Handelsgesetzbuch angeordneten Eintragungen aufzunehmen seien, ist bei den die Zweigniederlassung betreffenden Berathungen in dritter Lesung nicht wieder gedacht, hierbei aber gerade das Hauptgewicht nicht auf die Zweigniederlassung, sondern auf die im Gegensatze zu ihr erwähnte Hauptniederlassung (Sitz) gelegt worden.

Das Handelsgesetzbuch enthält keine Aufzählung der Fälle in welchem Einträge in das Handelsregister vorgeschrieben sind, diese finden sich vielmehr an

---

auch § 4 der Novelle zum H.G.B. vom 11. Juni 1870. Nach § 66 des Reichsbankgesetzes vom 14. März 1875 finden die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über die Eintragung in das Handelsregister und die rechtlichen Folgen hiervon auf die Reichsbank keine Anwendung.

[70]) Vergl. die im Kommentar v. Anschütz-v. Völderndorff, Bd. I S. 99 zu lesenden Motive des preuß. Entwurfs; vergl. das. auch noch S. 101.

[71]) Verordnung, das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betr., vom 9. Januar 1865 §§ 111, 112, 123.

[72]) Die Aufzählung der Fälle, in welchen Einträge in das Handelsregister vorgeschrieben sind, ist mehrfach aufgestellt worden, so z. B. Busch in seinem Archiv Bd. I S. 165 flg. Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 118; v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 75 flg. wobei sie jedoch das Register der Zweigniederlassung nicht so eingehend berücksichtigen, wie dies Agricola gethan hat.

einzelnen Stellen des Gesetzes verstreut vor[72]). Als bei den Konferenzberathungen in erster Lesung die Frage auftauchte, ob eine Aufzählung der einzelnen angeordneten Einträge in das Gesetz aufzunehmen sei, waren die meisten Artikel des Gesetzes, welche die Zweigniederlassung erwähnen, wie soeben dargelegt, noch gar nicht vorhanden. Daraus, weil man nun nicht nochmals, als die Frage nach der Existenz einer Zweigniederlassung so zu sagen erst brennend geworden war, auf die übrigen Einträge zurückkam, den Schluß ziehen zu wollen, daß die in das Register der Hauptniederlassung gehörigen Einträge nicht auch in dasjenige der Zweigniederlassung gehören, abgesehen von solchen Fällen, wo wirklich eine Beschränkung vorgeschrieben ist, erscheint unbegründet. Ob also die Konferenz sich über diesen Punkt klar geworden ist oder nicht, kann im Mangel entgegenstehender Aeußerungen, welche für die Auslegung des Gesetzes keinen Anhalt gewähren, unerörtert bleiben, wenn nur das Gesetz selbst dem nicht widerspricht[73]).

Hierbei ist auch noch auf ein weiteres Bedenken gegen die abweichende Meinung aufmerksam zu machen: Der Praxis zu überlassen, welche Einträge im Register der Zweigniederlassung stattzufinden haben, erscheint aus formellen und materiellen Gründen bedenklich, denn gerade bei der Führung von Registern entspricht ein verschiedener Gerichtsbrauch dem Zwecke der Einrichtung nicht.

Uebrigens empfiehlt es sich auch über die Art und Weise, wie die Einträge zu geschehen haben, sowie auch darüber, ob bei der Hauptniederlassung ein Hinweis auf die Zweigniederlassung und umgekehrt im Handelsregister zu vermerken sei, worüber die Ansichten jetzt vielfach von einander abweichen, gleichmäßige Bestimmungen zu treffen.

Das Handelsregister soll ja bekanntlich über die wesentlichen Verhältnisse des Handelsstandes seines Bezirks dem Publicum Aufschluß geben. Hieraus ergiebt sich von selbst für die soeben entwickelten Grundsätze eine Modification.

Ist ausnahmsweise eine Zweigniederlassung in demselben Register, wie die Hauptniederlassung, weil beide sich in demselben Registerbezirke[74]) befinden, einzutragen, so macht sich der Grund, die Einträge für beide Niederlassungen übereinstimmend zu halten, nicht mehr geltend, da eben in einem solchen Falle das Publikum das für beide Niederlassungen gleichmäßig bestimmte Register aufschlagen kann, um sich über die Verhältnisse des Kaufmanns, mit dem es contrahiren will, zu unterrichten.

---

[73]) v. Hahn, a. a. O. Bd. I Einleitung S. LXII flg.

[74]) Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 65,[6]: Eine Verschiedenheit der Handelsgerichte ist in Abs. 8 Art. 21 unterstellt, weil man nur an den gewöhnlichen Fall dachte; dies ist zwar ein Versehen, jedoch unerheblich, indem das Wesentliche in der Eintragung der Zweigniederlassung liegt, welche erst nach jener der Hauptniederlassung geschehen soll, damit die für jene gegebenen Vorschriften nicht umgangen werden können. — Aehnlich Willenbücher s. oben § 8. Bekanntmachung des Reichskanzlers betr. Führung des Genossenschaftsregisters vom 11. Juli 1889 § 20 Abs. 5.

Die neuere Gesetzgebung seit der Actiennovelle vom 18. Juli 1884 schenkt dem Register der Zweigniederlassung eingehendere Beachtung und hat hierbei viele Zweifel gemeinrechtlich beseitigt. Dies gilt zunächst von dem ebenerwähnten Gesetz selbst, sodann aber weiter von dem Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 und dem Gesetz über die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892, sowie endlich der auf Grund von § 171 des erwähnten Genossenschaftsgesetzes erlassenen Bekanntmachung des Reichskanzlers über die Führung des Genossenschaftsregisters vom 11. Juli 1889 [75]).

Außer dem bereits oben § 3 über die Bedeutung der Einträge in die Register von Haupt- und Zweigniederlassung Erwähnten sei hier noch hervorgehoben, daß die Wirksamkeit der Statutenänderungen bei Aktien- und Kommandit-Gesellschaften auf Aktien, Gesellschaften m. b. H. und Genossenschaften an den Eintrag in das Register der Hauptniederlassung geknüpft ist. [76])

Bei der Berathung über den Beginn der Verjährung zu Gunsten eines offenen Gesellschafters, welcher nach Art. 146 des H.G.B.'s den Eintrag der Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschließung des

---

[75]) Die Kommentare zum Reichsgesetz vom 18. Juli 1884: v. Völderndorff, S. 106 flg., 412 flg.; Ring, S. 62, 295; Hoffmann, Das Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 S. 89, 171 flg.; Förtsch, Kommentar zum Reichsgesetz über die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892 S. 85 flg., 168 flg.; Staub, a. a. O. S. 287, S. 379 flg.; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 406 flg., 542; Makower, a. a. O. S. 227 N. 59 b; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. VIII S. 409, X S. 424, XVI S. 451. S. auch noch die K. S. Ausführungsverordnungen zu den Reichsgesetzen vom 1. Mai 1889 und 20. April 1892, vom 14. August 1889 und vom 12. Oktober 1892. — Amtliche Mittheilungen zum Register einer Zweigniederlassung: Genossenschaftsgesetz § 149 Abs. 2.

[76]) Ueber die Umwandlung s. insbesondere: Aktiennovelle vom 18. Juli 1884 Art 206 a, 247; Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 §§ 139, 148 Abs. 3; Reichsgesetz über die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892 §§ 78, 79. — Wegen des nach dem Reichsgesetz betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 11. Januar 1876 zu führenden Musterregisters vergl. das. §§ 9, 16. Für die Reichsgesetze betr. den Schutz der Gebrauchsmuster vom 1. Juni 1891 und betr. den Schutz der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 kommen die gerichtlichen Register überhaupt nicht in Frage, da die Rolle für Gebrauchsmuster und die Zeichenrolle bei dem Patentamt geführt werden. Darüber, ob in § 13 jenes und in § 23 dieses Gesetzes („wer im Inlande eine Niederlassung nicht hat") nur die Hauptniederlassung oder auch die Zweigniederlassung gemeint sei, herrscht Streit. S. hierüber sowie über die einschlagenden Verträge des deutschen Reichs mit auswärtigen Staaten allenthalben Schmid, Die Gesetze zum Schutze des gewerblichen Eigenthums 1897 S. 88, 105, 244, 365 flg., endlich auch noch die bereits zu dem Markenschutzgesetz vom 30. November 1874 ergangene Entscheidung des Reichsgerichts Bd. XXI S. 1 flg. — Ueber die Führung des Schiffsregisters s. das Reichsgesetz betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 §§ 16, 120 flg. und die hierzu erlassene K. S. Ausführungsverordnung vom 24. Dezember 1895. — Ueber die Führung des Börsenregisters s. das Reichsgesetz über die Börse vom 22. Juni 1896 §§ 54 flg., sowie die hierzu ergangene K. S. Ausführungsverordnung vom 19. Oktober 1896.

Gesellschafters in das Handelsregister zur Voraussetzung hat, ist die Nürnberger Konferenz [77]) auf das Register einer Zweigniederlassung nicht zu sprechen gekommen, weil man augenscheinlich davon ausging, daß nur eine Niederlassung die Regel bilde. Dem letztgedachten Register kann hier natürlich keine Bedeutung zukommen.

Schließlich ist noch auf die Wirkung der geschehenen oder nicht geschehenen Eintragung und Veröffentlichung, wovon Art. 25, 46 des H.G.B.'s, sowie die Artikel sprechen, welche sich auf dasselbe Prinzip gründen, hinzuweisen. Wenn wie im Handelsgesetzbuch alter Fassung eine positivrechtliche Bestimmung über die Wirkung der Einträge in das Register der Zweigniederlassung fehlt, und nur von der Wirkung der Einträge in das Handelsregister und der Veröffentlichung die Rede ist, so muß die Frage, ob Einträge und Veröffentlichungen bei dem Gerichte der Hauptniederlassung gegenüber solchen Personen, welche mit der Zweigniederlassung kontrahiren, die entscheidenden sind, offen gelassen werden.

Der Gedanke jener Vorschriften spricht dafür, den Schwerpunkt je nach den Umständen des Falls zu suchen, wenn er nicht wie z. B. Art. 200, 205 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 18. Juli 1884 ausdrücklich nach der Hauptniederlassung verlegt ist.

§ 10. Gerichtsstand.

Der Zusammenhang erforderte es, im Vorstehenden schon öfter vom Gerichtsstand zu sprechen. Es erübrigt also hier nur noch einige spezielle Bemerkungen zu machen.

Die Civilprozeßordnung kennt in § 22 den Gerichtsstand der Niederlassung, er ist für alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der letzteren Bezug haben, begründet.

Die Motive[78]) zu diesem Paragraphen heben hervor, daß dieser Gerichtsstand ein forum quasi domicilii sei, und weisen noch besonders darauf hin, „daß der Gerichtsstand in diesem Umfange durch das Bedürfniß gerechtfertigt werde, beweise seine allgemeine Anerkennung in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen."

Es bedarf keiner näheren Begründung, daß dieser Gerichtsstand, wie die Motive hervorheben, durch das Bedürfniß gerechtfertigt werde, denn nach dem, was früher über die privatrechtliche Bedeutung der Zweigniederlassung gesagt worden ist, leuchtet dies ohne Weiteres ein. Da wo ein selbständiger Geschäftsbetrieb stattfindet, muß auch die Möglichkeit gegeben werden, die hieraus entstehenden Ansprüche gerichtlich zu verfolgen[79]).

---

[77]) Protokolle S. 260 flg., 1016 flg., 4588.

[78]) Kortkampf'sche Ausgabe S. 412.

[79]) Vergl. die Kommentare v. Gaupp, Bd. I S. 58 flg.; v. Sarwey, S. 49 flg.; v. Wilmowski-Levy, Bd. I S. 54 flg.; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. II S. 386, Bd. VII S. 824 (handelt vom Gerichtsstand des Vermögens und erwähnt die Zweigniederlassung nur nebenbei in der Bemerkung, daß eine offene Handelsgesellschaft, die ihren Sitz

Das Gesetz, die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe betreffend[80]), welches im innigen Zusammenhang mit der neuen Handelsgesetzgebung stand, kennt denn auch als Vorläufer der Civilprozeßordnung in diesem Punkte bereits den Gerichtsstand der Niederlassung. § 5 dieses Gesetzes spricht ebenso, wie § 22 C.P.O. von einer Niederlassung, „von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden." Die letztgedachte Bestimmung gilt sowohl hinsichtlich der Hauptniederlassung, wie der Zweigniederlassung, denn beide sind in dem hier maßgebenden Sinne: Niederlassungen[81].)

Die Frage, ob dieser Gerichtsstand auf Klagen aus Verträgen beschränkt sei, ist wohl zu verneinen. Im Hinblick auf die oben § 4 hinsichtlich der Eisenbahnstationen gemachten Ausführungen, wobei diesen die Eigenschaft von Zweigniederlassungen abgesprochen worden ist, ergiebt sich hier ohne Weiteres die Folgerung, daß durch die einzelnen Stationen kein Gerichtsstand der Niederlassung begründet wird. Dies ist namentlich praktisch bei etwaigen Ansprüchen auf Grund des Haftpflichtgesetzes[82]).

Besteht neben der Hauptniederlassung keine Zweigniederlassung, dann fällt bei Handelsgesellschaften der allgemeine Gerichtsstand mit dem Gerichtsstand der Niederlassung zusammen[83]), was bei Einzelkaufleuten nicht nothwendig geschieht.

§ 11. Konkurs.

Nach § 1 der Konkursordnung umfaßt das Konkursverfahren das gesammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört[84]).

---

im Auslande habe, durch den Besitz einer Zweigniederlassung im Inlande nicht aufhöre, als ausländische zu gelten), Bd. XXX S. 328 flg.; Wengler, Archiv N. F. 2. Jahrgang, S. 161 flg., 187 flg.

[80]) Publicirt für das Königr. Sachsen in dessen Gesetz- und Verordngsbl. 1865 S. 48 durch Verordng. vom 16. Januar 1865.

[81]) Besondere Grundsätze gelten in den Fällen des § 6 des Reichsgesetzes betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt vom 15. Juni 1895 und der §§ 1, 2, 16 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes vom 27. Mai 1896. Ueber das letzterwähnte Gesetz s. noch Schmid, a. a. O. S. 292 flg.

[82]) Wenn der Staat Eisenbahnunternehmer ist, schlägt für die Bestimmung des allgemeinen Gerichtsstandes § 20 der C.P.O. ein.

[83]) Wegen des möglichen zweiten allgemeinen Gerichtsstandes der Handelsgesellschaften s. oben I und § 3.

[84]) Die vom H.G.B. nicht vorgeschriebene Eintragung der Konkurseröffnung in das Handelsregister wurde im Königreiche Sachsen durch Verordnung vom 7. März 1868 vorgeschrieben. Diese Verordnung ist durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 aufrecht erhalten. § 3 B 2 Konkursordnung §§ 104, 151, 175, 191. Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 §§ 95, 149 Abs. 2. Bekanntmachung des Reichskanzlers über die Führung des Genossenschaftsregisters vom 11. Juli 1889 §§ 20 bis 22. K. S. Ausführungsverordnung zu dem Reichsgesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. vom 12. Oktober 1892 §§ 4, 5.

Ob der Gemeinschuldner ein Einzelkaufmann, eine Handelsgesellschaft oder eine Genossenschaft ist, bildet hier keinen Unterschied[85]).

Die Zweigniederlassung als Vermögensobjekt betrachtet, gehört also nach den erwähnten Bestimmungen nothwendig zur Konkursmasse, d. h. zu der Einheit des Vermögens,aus welchem gemäß § 2 alle persönlichen inländischen und gemäß § 4 wenigstens regelmäßig auch ausländischen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben, ihre Befriedigung suchen können.

Bietet die Betrachtung der Zweigniederlassung in dieser Materie daher im Allgemeinen nichts Eigenthümliches, so verdient andererseits § 208 der Konkursordnung noch besonderer Erwägung[86]). Hiernach kann über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, das Konkursverfahren stattfinden, wenn er eine daselbst zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes errichtete Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, besitzt.

Eine Abweichunng liegt zunächst darin, daß nicht, wie bei dem Gerichtsstande der Niederlassung nur Ansprüche, welche auf deren Geschäftsbetrieb Bezug haben, sondern überhaupt alle Ansprüche inländischer und ausländischer Gläubiger gegen den Eigenthümer der Niederlassung geltend gemacht werden können.

Auch findet dann der Konkurs über das gesammte im Inlande befindliche Vermögen statt.

Bei der Prüfung der zur Eröffnung des Verfahrens nothwendigen Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners (§ 84) ist übrigens dessen gesammte Geschäftslage, insbesondere also auch der Zustand im Betriebe der im Auslande gelegenen Hauptniederlassung in Betracht zu ziehen[87]).

Durch § 208 Abs. 4 ist dem Gläubiger jedoch insofern eine Erleichterung gewährt, als er den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Eigenthümers der Niederlassung nicht zu erbringen braucht, wenn zu dessen Vermögen im Auslande bereits Konkurs eröffnet worden ist.

Ist dagegen die erwähnte Voraussetzung für die Eröffnung dieses Konkursverfahrens nicht vorhanden, weil der Eigenthümer der Zweigniederlassung einen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat, so steht der Eröffnung des Verfahrens nach den allgemeinen Grundsätzen nichts im Wege.

§ 12. Lostrennung.

Die bisherigen Erörterungen haben, wenn auch die der Zweigniederlassung

[85]) Ueber den Unterschied zwischen dem Einzelkaufmann und den Handelsgesellschaften, wenn sie mehrere selbständige Geschäfte unter verschiedenen Firmen besitzen: Puchelt, Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 50[2], 235[2], 351[1], 871[4]; Makower, a. a. O. S. 32 N. 2 b, S. 96 N. 2 b, S. 180 N. 55 c.

[86]) Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung 3. Aufl. S. 586 flg.

[87]) Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. XXI S. 21 flg.

begrifflich zukommende begrenzte Selbständigkeit fortwährend betont worden ist, unter dem Gesichtspunkt stattgefunden, daß die Zweigniederlassung mit der Hauptniederlassung ein zusammenhängendes Ganzes bildet. Es ist nunmehr schließlich noch eine Betrachtung unter dem anderen Gesichtspunkt, daß eine Trennung des an sich einheitlichen, aber an verschiedenen Orten oder in verschiedenen Gemeinden befindlichen kaufmännischen Geschäfts möglich ist, anzustellen. Schon oben I wurde hierüber bei der Erwähnung des in Art. 22 des H.G.B.'s gebrauchten Ausdrucks „bestehendes Handelsgeschäft" eine Andeutung gemacht; es kommt also auf die Beantwortung der beiden Fragen an: ist unter „bestehendem Handelsgeschäft" auch eine Zweigniederlassung zu verstehen, sowie kann der neue Erwerber die bisherige Firma miterwerben und fortführen? Diese beiden Fragen sind bald nach Erlaß des Handelsgesetzbuchs entstanden und wiederholt verschieden beantwortet worden [88]), die jetzt herrschende Meinung bejaht sei, wenn auch mit einzelnen Modificationen [89]).

Es bestehen bei der gemäß Art. 22 des H.G.B.'s stattfindenden Lostrennung einer Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung [90]) überhaupt zwei Möglichkeiten: entweder die Zweigniederlassung wird dann zum selbständigen Geschäft erhoben oder sie besteht als Zweigniederlassung eines bereits etablirten Kaufmanns, welcher sie zu seinem bisherigen Geschäft in dieses Verhältniß bringt, fort [91]). Dieses spätere Schicksal des abgetrennten Geschäfts hat jedoch für die Beantwortung der Frage, ob die Abtrennung an sich zulässig sei, keine Bedeutung. Es ist allgemein anerkannt, daß eben in den Fällen, wo der Nachfolger nicht in alle Rechtsverhältnisse des Ueberlassenden eintritt, was bei dem Uebergange eines Geschäfts, welches überhaupt ohne Zweigniederlassung betrieben wird, vorkommen kann, stets eine besondere Prüfung stattzufinden hat, ob davon gesprochen werden könne, daß ein bestehendes Geschäft übergehe. Es kommt dabei nur darauf an, daß „das Geschäft im Wesentlichen als dasselbe fortbestehe, wobei unter Geschäft nicht blos der Vermögenscomplex, sondern das kaufmännische Unternehmen, welchem er dienstbar war, verstanden werden soll."

[88]) Centralorgan N. F. Bd. 1 S. 56 flg., 226 flg., 282, 411; Anschütz-v. Völderndorff, a. a. O. Bd. I S. 185; Gareis-Fuchsberger, a. a. O. S. 62 N. 118. Kammergericht Berlin, citirt Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XII S. 327.

[89]) v. Hahn, a. a. O. Bd. I S. 109 flg.; Puchelt-Förtsch, a. a. O. Bd. I S. 66 flg. insbes. S. 72,[3]; Staub, a. a. O. S. 87 flg.; Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XIII S. 510 flg.; Kammergericht Berlin, mitgetheilt von Staub in der deutschen Juristenzeitung 1896 Beilage 38. — Die in den angezogenen Annalen Bd. XI S. 362 flg. mitgetheilte Entscheidung betrifft den an sich nicht hierher gehörigen Fall, daß eine Hauptniederlassung in eine Zweigniederlassung umgewandelt wird, unter Gestattung der Beibehaltung der bisherigen Firma. — S. übrigens noch Annalen Bd. IV S. 868 flg.

[90]) Eine Trennung der Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung ist auch denkbar, indem die letztere weiter veräußert oder aufgegeben wird, während der Inhaber die erstere behält und zur Hauptniederlassung erhebt.

[91]) Annalen des K. S. Oberlandesgerichts Bd. XI S. 868, Bd. XIII S. 510. Oben § 6 a. E.

Jenes Erforderniß der Möglichkeit des Fortbestehens setzt also vor Allem eine bei der beabsichtigten Uebertragung bereits vorhandene, wenn auch begrenzte selbständige Existenzfähigkeit des zu überlassenden Geschäfts voraus. Diese Merkmale treffen nun aber gerade auf eine Zweigniederlassung zu, denn sie besitzt eine solche begrenzte Selbständigkeit und es liegt bei dem Uebergange einer solchen auf einen anderen geradezu in der Natur der Sache, daß der Nachfolger nicht in alle Rechtsverhältnisse des Ueberlassenden eintritt. Der Begriff des bestehenden Geschäfts wird aber, wie vorhin bemerkt, durch den Ausschluß einzelner, ja sogar vieler rechtlicher Beziehungen bei dem Uebergange nicht beeinträchtigt. Zweifellos ist auch der Grund, aus welchem der gleichzeitige Uebergang der für das bestehende Geschäft geführten Firma, falls dieses ohne Zweigniederlassung betrieben worden war, gewünscht wird, nämlich das einmal begründete Ansehen im Verkehr zu erhalten und weiter zu genießen, ebenso dann maßgebend, wenn eine Zweigniederlassuung mit der Firma auf einen anderen Kaufmann übergehen soll.

Jenes erste Erforderniß der Selbständigkeit fehlt nun jedenfalls den einzelnen Eisenbahnstationen, deren in diesem Zusammenhange daher nochmals gedacht werden muß. Wirft man hier die Frage auf, ob eine solche abgesondert veräußert werden und ihren Betrieb dann fortsetzen könne, so wird dies gewiß einstimmig verneint werden. Hierin liegt aber gleichzeitig die Verneinung der Frage, ob eine Eisenbahnstation als solche überhaupt eine Zweigniederlassung sein könne.

Anschütz-v. Völderndorff sind zwar auch der Ansicht, daß eine Zweigniederlassung auf einen anderen übertragen werden könne, sprechen sich aber gegen die Mitüberlassung der Firma aus, indem sie hiergegen das Bedenken geltend machen, daß hierdurch eine Vervielfältigung jener ins Unendliche stattfinden könne. Abgesehen nun davon, daß die Abtrennung von Zweiggeschäften unter Ueberlassung der Firma nicht gar so häufig ist, erscheint dieses Bedenken gegenüber den gesetzlichen Bestimmungen nicht stichhaltig.

Die weitere Bemerkung, daß die Zweigniederlassung als Zweigniederlassung und so, daß sie als Zweigniederlassung bestehen bleibe, wie bisher, ihrem Begriffe nach nicht ohne das Hauptgeschäft übertragen werden könne, ist nach dem oben Bemerkten nur insoweit als zutreffend anzuerkennen, als die Zweigniederlassung als solche zu ihrem seitherigen Hauptgeschäft weiter bestehend gedacht wird; dann muß natürlich das letztere auch mit übergehen. Aber es ist doch auch denkbar, daß ein schon etablirter Kaufmann die Zweigniederlassung eines anderen erwirbt und dann diese wieder als solche im Verhältniß zu seinem Geschäft einrichtet, wodurch dieses dann zur Hauptniederlassung wird.

Ist die Firma mit übertragen worden und soll die Zweigniederlassung, wie bei ihrem bisherigen Inhaber, auch wieder bei ihrem neuen zu dessen schon vorhandenen Geschäft in das Verhältniß einer Zweigniederlassung gesetzt werden, so ist dies Alles auf den Folien der bisherigen und der neuen Hauptniederlassung, sowie der Zweigniederlassung selbst entsprechend zu vermerken.

Wird aber die bisherige Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung erhoben, dann kann die Firma nicht als solche einer Zweigniederlassung bestehen bleiben, die Registerirung aber ist in doppelter Weise denkbar, einmal nämlich so, daß auf dem alten Folium eingetragen wird, die Firma habe aufgehört eine solche einer Zweigniederlassung zu sein, und bestehe nun für ein selbständiges Geschäft oder so, daß das alte Folium geschlossen und die Firma auf einem neuen Folium als solche eines selbständigen Geschäftes eingetragen wird.

Zweiter Theil. **Das Recht der Zukunft.**

Nachdem im Sommer des Jahres 1896 der Entwurf I eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift erschienen war, ist dann zu Anfang des Jahres 1897 der Entwurf II ebenfalls nebst Denkschrift[1]), sowie der Entwurf ein Einführungsgesetzes, welches die zur Ergänzung des Entwurfs nothwendigen weiteren Vorschriften enthält,[2]) der Oeffentlichkeit übergeben werden.[2a]) Diese letztgedachten Entwürfe bilden die Grundlage für die Berathungen des Reichstages. Dem zweiten Entwurf ist ferner in der Anlage eine Zusammenstellung der aus Anlaß der Revision des Handelsgesetzbuchs in Aussicht genommenen Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Civilprozeßordnung, der Konkursordnung und der Einführungsgesetze zu diesen Gesetzen beigegeben.

Die Erklärung der Denkschrift über die Aufgabe der Revision des Handelsgesetzbuchs ist bereits früher in der Einleitung mitgetheilt worden. Hier hat nunmehr eine Prüfung darüber stattzufinden, inwieweit sich diese Revision auf die Bestimmungen erstreckt, welche die Zweigniederlassung betreffen. Die Besprechung wird sich im Wesentlichen an die bereits im ersten Theil der Arbeit beobachtete Reihenfolge anschließen, besondere Hinweise darauf sind der leichteren Uebersicht wegen wiederholt gegeben. Im Uebrigen läßt sich der Zusammenhang mit dem ersten Theil im Einzelnen immer erkennen, wobei sich das, was hier nicht ausdrücklich wiederholt ist, ohne Schwierigkeit ergänzen läßt.

---

[1]) Staub, Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. Berlin 1896. Verlag von Otto Liebmann. Deutsche Juristenzeitung 1896 S. 131 flg., 152 flg.; Riesser, Die Kommissionsberathungen über den Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das deutsche Reich S. 345 flg.; Laband, Das Verhältniß des Handelsrechts zum bürgerlichen Recht nach dem Entwurf eines revidirten Handelsgesetzbuchs. S. 409 flg; Ring, Das Aktienrecht in dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. S. 485; Marcus, Funktion und Stellung der Gründungsrevisoren nach dem Entwurf des Handelsgesetzbuchs. Deutsche Juristen-Zeitung 1897 S. 15 flg.; Petri, Der Kaufmannsbegriff nach dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. S. 57 flg; Volkmar, Zum Entwurf des Handelsgesetzbuchs. S. 81; Schneider, Eisenbahnhaftpflicht und Entwurf des Handelsgesetzbuchs. S. 95 flg; Staub, Die Reichstagsvorlage des Handelsgesetzbuchs.

[2]) Denkschrift S. 90. Dieses, sowie die künftigen Citate beziehen sich auf Entwurf II und die zugehörige Denkschrift (Reichstagsvorlage); ebenso werden der mit diesem Entwurfe verbundene Entwurf des Einführungsgesetzes und die oben im Texte erwähnte Anlage citirt. Vergl. oben Einleitung Anm. 5.

[2a]) Inzwischen ist das neue H.G.B. verabschiedet und veröffentlicht worden. Soweit darin gegen den Entwurf II in der hier fraglichen Richtung Abweichungen vorkommen sollten, werden sie im Folgenden berücksichtigt werden.

Es ist bekannt und bedarf nur der Uebersicht wegen hier der Erwähnung, daß der Kaufmannsbegriff durch den Entwurf des Handelsgesetzbuchs § 1 dahin bestimmt wird, daß Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Im Anschluß hieran wird einzeln gesagt, was als Handelsgewerbe gilt. § 2 sodann enthält die neue den veränderten Anforderungen des Verkehrs entsprechende Vorschrift, daß ein gewerbliches Unternehmen, welches nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs gelten soll, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Dem Unternehmer wird auch die Verpflichtung auferlegt, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen.

§ 3 enthält besondere Bestimmungen für die Land- und Forstwirthschaft, sowie deren Nebengewerbe.

§ 4 betrifft die Minderkaufleute, auf welche die Vorschriften über Firmen, Handelsbücher, Prokura und weiter die §§ 339 bis 342 über Handelsgeschäfte keine Anwendung finden.

Weiter kann nach § 5, wenn eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, demjenigen gegenüber, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre.

Endlich erklärt § 6 die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf die Handelsgesellschaften für anwendbar, während § 7 bestimmt, daß durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, nach welchen die Befugniß zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften dieses Gesetzbuchs nicht berührt wird.

Ergänzend fügt Art. 5 des Einf.-G. hinzu, daß auf Bergwerksgesellschaften, die nach den Vorschriften der Landesgesetze nicht die Rechte einer juristischen Person besitzen, der § 2 des Handelsgesetzbuchs keine Anwendung findet.[3])

Aus diesem Ueberblick der künftigen über die Kaufleute gegebenen Vorschriften in Verbindung mit dem Inhalte von § 13 des Handelsgesetzentwurfs, welcher von der Eintragung der Zweigniederlassung in das Handelsregister spricht, ergiebt sich ohne Weiteres dasjenige, was für die Zweigniederlassung Bedeutung hat. Wir haben es bei dieser, nach wie vor, nur mit Vollkaufleuten zu thun, deren Kreis sich gegenüber dem jetzigen Rechtszustand, wie erwähnt, jedoch anders abgrenzt.

Die Terminologie des jetzt geltenden Handelsgesetzbuchs, welche bereits eingehender Besprechung unterzogen wurde, ist in den Entwürfen des Handelsgesetz-

[3]) Denkschrift S. 94, 95, 227.

buchs und des Einführungsgesetzes beibehalten worden, auch sie reden von der Handelsniederlassung, der Hauptniederlassung, dem Sitze, der Zweigniederlassung und dem bestehenden Handelsgeschäft in der bekannten Bedeutung.

Ebenso wie die bisherige Gesetzgebung enthalten auch die Entwürfe keine Bestimmung dieser Begriffe, ja die Denkschrift sagt S. 101 ausdrücklich, daß der Entwurf von einer Begriffsbestimmung der Zweigniederlassung Abstand nimmt, weil sie sich in befriedigender Weise im Gesetz nicht geben lasse, und die Rechtsprechung auch ohne eine solche gesetzliche Bestimmung bisher zu angemessenen Ergebnissen gelangt sei, ein Standpunkt, welcher im Hinblick auf die früher hierüber versuchten Ausführungen nur getheilt werden kann. Es bleibt also auch hier allenthalben bei den bereits vorhandenen Anschauungen.

Die schon erwähnte Aenderung des Kaufmannsbegriffs hat nun zunächst bei der offenen Handelsgesellschaft zu der Bestimmung in § 121 Abs. 2 des Entwurfs*) geführt, wonach, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor der Eintragung in das Handelsregister beginnt, die Wirksamkeit mit dem Zeitpunkte des Geschäftsbeginnes nur eintritt, soweit sich nicht aus § 2 ein Anderes ergiebt.[4]) Weiter bestimmt hinsichtlich der Kommanditgesellschaft § 173 des Entwurfs**) zunächst, daß jeder Kommanditist, der dem Geschäftsbeginne zugestimmt hat, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen hat, bevor sie in das Handelsregister des Gerichts, in dessen Bezirke sie ihren Sitz hat, eingetragen ist, für die bis zur Eintragung begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet, es sei denn, daß seine Betheiligung als Kommanditist dem Gläubiger bekannt war; weiter wird aber hinzugefügt, daß diese Vorschrift nicht zur Anwendung kommt, soweit sich aus § 2 ein Anderes ergiebt.[5])

§ 159 Abs. 2***) des Entwurfs bestimmt jetzt ganz allgemein, daß soweit nicht in dem von der Kommanditgesellschaft handelnden zweiten Abschnitt des zweiten Buches ein Anderes vorgeschrieben ist, die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften auch auf die Kommanditgesellschaft Anwendung finden.[6])

Eine Neuerung enthält der Entwurf bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien insofern, als diese nunmehr im vierten Abschnitt des zweiten Buches nach der Aktiengesellschaft ihre Stellung erhalten hat. § 311 Abs. 2†) schreibt hierzu weiter vor, daß das Rechtsverhältniß der persönlich haftenden Gesellschafter unter einander und gegenüber der Gesammtheit der Kommanditisten sowie gegenüber Dritten, insbesondere die Befugniß der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung

*) § 128 des Gesetzes.

[4]) Denkschrift S. 127, 131. Vergl. oben im ersten Theil § 3 a. A.

**) § 176 des Gesetzes.

[5]) Denkschrift S. 143 flg. Vergl. oben im ersten Theil § 3 a. A.

***) § 161 des Gesetzes.

[6]) Denkschrift S. 142.

†) § 320 des Gesetzes.

und zur Vertretung der Gesellschaft, sich nach den für die Kommanditgesellschaft geltenden Vorschriften bestimmt, während im Uebrigen nach § 311 Abs. 3, soweit sich nicht aus den nachfolgenden Vorschriften oder aus dem Fehlen eines Vorstandes ein Anderes ergiebt, die Vorschriften des vorhergehenden dritten Abschnittes über die Aktiengesellschaft gelten. [7])

Endlich ist an dieser Stelle noch der in Art. 23 des Einf.-G. enthaltenen Uebergangsbestimmung zu gedenken. Hiernach sollen auf die Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, die vor dem Infrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet sind, die bisherigen Vorschriften Anwendung finden, sofern vor diesem Zeitpunkte die Voraussetzungen erfüllt sind, an deren Nachweis die bisherigen Vorschriften die Eintragung knüpfen. [8])

Daß die Zweigniederlassung sich in einem anderen Ort oder in einer anderen Gemeinde, als die Hauptniederlassung befindet, spricht der Entwurf in § 13 Abs. 1 entgegen Art. 21 Abs. 1 des geltenden Handelsgesetzbuchs überhaupt nicht aus und betrachtet damit die früher besprochene Frage, ob eine Zweigniederlassung an demselben Orte oder in derselben Gemeinde, wo die Hauptniederlassung sich befindet, bestehen könne, als nicht vorhanden. Sie ist es auch in der That nicht. [9])

Die Firmenvorschriften des Entwurfs weichen in einigen Beziehungen von dem geltenden Recht ab, so soll ein Kaufmann, der sein Geschäft ohne Gesellschafter oder nur mit einem stillen Gesellschafter betreibt, seinen Familiennamen mit mindestens einem Vornamen als Firma führen, wobei die Abkürzung der Vornamen zulässig ist, § 18 Abs. 1. Außer dem schon bestehenden Verbot von Firmenzusätzen, die ein Gesellschaftsverhältniß andeuten, sind weiter noch solche Zusätze untersagt worden, die geeignet sind, eine Täuschung über die Art oder den Umfang des Geschäfts oder die Verhältnisse des Geschäftsinhabers herbeizuführen. § 18 Abs. 2. [10])

Nach § 20 sollen die Firmen sowohl der Aktiengesellschaft, als auch der Kommanditgesellschaft auf Aktien in der Regel vom Gegenstande des Unternehmens entlehnt werden. Für die letztgedachte Gesellschaft ist diese Bestimmung neu. Gleichfalls neu ist die weitere Vorschrift, daß jene die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“, diese die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft auf Aktien“ in die Firma aufnehmen soll. Die Denkschrift S. 105 erinnert hierbei an die analogen Bestimmungen des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 und des Gesetzes über die Gesellschaften m. b. H. vom 20. April 1892.

Endlich ist noch auf die neue Bestimmung des § 32 des Entwurfs*) hin-

[7]) Denkschrift S. 172 flg.

[8]) Denkschrift S. 285.

[9]) Vergl. oben im ersten Theil § 5.

[10]) Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896 § 8. Denkschrift S. 105.

*) § 33 des Gesetzes.

zuweisen, wonach eine juristische Person mit Rücksicht auf den Gegenstand oder auf die Art und den Umfang ihres Gewerbebetriebes in das Handelsregister einzutragen ist. Die Denkschrift S. 108 bemerkt hinsichtlich der Firmen solcher juristischen Personen, von denen u. A. als Beispiele die Kolonialgesellschaften und die Gewerkschaften angeführt werden, daß die Verhältnisse der in Betracht kommenden Unternehmungen zu verschiedenartig seien, um eine einheitliche Regelung zu gestatten, wofür auch kein Bedürfniß bestehe.

Für die abgeleiteten Firmen bleibt in der Hauptsache der bisherige Zustand bestehen. Von Interesse ist hier nur die neue Bestimmung des § 21*), daß durch die Füglichkeit, die mit einem unter Lebenden oder von Todeswegen erworbenen bestehenden Handelsgeschäft verbundene alte Firma fortzuführen, die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, sich als solche in den Firmen zu bezeichnen, nicht berührt wird. Es ist nur folgerichtig, wenn die in § 20**) für neuerrichtete Firmen wegen der Sicherheit des Verkehrs eingeführte Bestimmung auch für abgeleitete Firmen gelten soll, da hier dieselben Gründe, wie dort, zutreffen. Die Denkschrift fügt S. 105 übrigens noch hinzu, es verstehe sich andrerseits von selbst, daß eine solche Bezeichnung nicht beibehalten werden darf, wenn sie in Folge eines Wechsels der Firmeninhaber nicht mehr paßt.

Hinsichtlich der zur Zeit des Inkrafttretens des neuen Handelsgesetzbuchs im Handelsregister bereits eingetragenen Firmen bestimmt Art. 22 des Einf.-Ges., daß diese Firmen weitergeführt werden können, soweit sie nach den bisherigen Vorschriften geführt werden durften. Die erwähnte Bestimmung des § 20 des Entwurfs, daß Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sich als solche in ihren Firmen bezeichnen sollen, findet jedoch auf die bei dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs bereits eingetragenen Firmen dann Anwendung, wenn diese aus Personennamen zusammengesetzt sind und nicht ersehen werden kann, daß eine jener Gesellschaften Inhaber ist.[11])

Die Anwendung aller dieser Sätze auf die Firma der Zweigniederlassung bietet keine Schwierigkeiten.

Die Verwaltung der Zweigniederlassung hat durch den Entwurf des Handelsgesetzbuchs in einzelnen Richtungen eine Regelung erfahren.

So bestimmt zunächst § 49 Abs. 3***) des Entwurfs, daß eine Beschränkung der Prokura auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers Dritten gegenüber nur wirksam ist, wenn die Niederlassungen unter verschiedenen Firmen betrieben werden. Eine Verschiedenheit der Firmen im Sinne dieser Vorschrift wird auch dadurch begründet, daß für eine Zweigniederlassung der Firma ein Zusatz beigefügt wird, der sie als Firma der Zweigniederlassung bezeichnet.

[11]) Denkschrift S. 234 flg.
*) § 22 des Gesetzes.
**) § 19 des Gesetzes.
***) § 50 des Gesetzes.

Mit dieser Vorschrift wird eine alte, für die herrschende richtige Meinung allerdings nicht mehr vorhandene Streitfrage gesetzlich beseitigt [12]).

Neu ist ferner die Bestimmung des § 124 Abs. 3*), wonach in Betreff der Beschränkung eines offenen Gesellschafters auf den Betrieb einer von mehreren Niederlassungen der Gesellschaft die Vorschriften des erwähnten § 49 Abs. 3 entsprechende Anwendung finden.

Die Denkschrift S. 133 rechtfertigt diese Ausnahme von dem Grundsatze der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugniß unter Hinweis auf dieselben Gesichtspunkte, die bei § 49 Abs. 3 maßgebend sind, d. h. die Befriedigung der Bedürfnisse des Verkehrs.

Jene Bestimmung hat übrigens zufolge der verweisenden §§ 159 Abs. 2, 311 Abs. 2**) auf die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien gleichfalls Anwendung zu finden [13]).

Viele Zweifel beseitigt die Bestimmung des § 13 Abs. 1 des Entwurfs, wonach, soweit nicht in dem neuen Gesetzbuch ein Anderes vorgeschrieben ist, die Eintragungen in das Handelsregister und die hierzu erforderlichen Anmeldungen und Zeichnungen von Unterschriften, sowie die sonst vorgeschriebenen Einreichungen zum Handelsregister bei jedem Registergericht, in dessen Bezirke der Inhaber der Firma eine Zweigniederlassung besitzt, in gleicher Weise wie bei dem Gerichte der Hauptniederlassung zu bewirken sind.

Ebenso zu begrüßen ist die weitere sich hieran sogleich anschließende Vorschrift von § 13 Abs. 2, daß eine Eintragung bei dem Gerichte der Zweigniederlassung nicht stattfindet, bevor nachgewiesen ist, daß die Eintragung bei dem Gerichte der Hauptniederlassung geschehen ist. [14])

Die in § 13 Abs. 1 erwähnten Ausnahmen gelten, wie die Denkschrift bemerkt, nur in Betreff einzelner Anmeldungen für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien hinsichtlich der Personen der Anmeldenden, der beizubringenden Belege und des Inhalts der öffentlichen Bekanntmachung. Ergänzend kann vielleicht noch auf § 32 Abs. 2***) des Entwurfs hingewiesen werden, wonach bei der Anmeldung der Zweigniederlassung einer juristischen Person zum Handelsregister die Beifügung der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes unterbleibt. Die Denkschrift S. 108 bemerkt auch, daß die Vorschriften der §§ 32 bis 34 des Entwurfs sich im Wesentlichen an die für die Aktiengesellschaften bezüglich der Eintragung in das Handelsregister gegebenen anschließen.

Die allgemeinen Vorschriften über die Eintragungen in das Register der Zweigniederlassung im zweiten Abschnitt des ersten Buches erhalten jedoch durch

---

[12]) Denkschrift S. 112. Vergl. oben im ersten Theil § 7 a. E.

[13]) Denkschrift S. 143, 178.

[14]) Vergl. im ersten Theil §§ 8, 9. Denkschrift S. 101.

*) §§ 161, 320 des Gesetzes. **) § 126 des Gesetzes.

***) § 33 des Gesetzes.

§ 199*) des Entwurfs hinsichtlich der Aktiengesellschaft eine Erläuterung. Hier wird unterschieden, ob die Eintragung der Zweigniederlassung innerhalb der ersten zwei Jahre erfolgt, nachdem die Gesellschaft in das Handelsregister ihres Sitzes eingetragen worden ist, oder später. Im ersten Fall haben die Veröffentlichungen in anderem Umfange stattzufinden, als im zweiten Fall. Die Denkschrift S. 150 begründet dies mit dem Hinweis darauf, daß der Zeitraum von zwei Jahren nach der Eintragung am Sitze der Gesellschaft überhaupt im Gesetz als derjenige behandelt wird, in welchem die Verhältnisse der Gesellschaft noch wesentlich unter dem Einflusse des Gründungsherganges stehen.

Von großer Bedeutung ist weiter die Bestimmung des § 13 Abs. 3 des Entwurfs. Hier heißt es: „Diese Vorschriften kommen auch zur Anwendung, wenn sich die Hauptniederlassung im Auslande befindet. Soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht, haben die Anmeldungen, Zeichnungen und Eintragungen bei dem Gerichte der Zweigniederlassung in gleicher Weise zu geschehen, wie wenn sich die Hauptniederlassung im Inlande befände."

Das geltende Handelsgesetzbuch enthält bekanntlich eine solche allgemeine Vorschrift nicht, sondern nur die besonderen in Art. 179, 212. In letzter Beziehung ist jetzt noch auf § 199 Abs. 5*) des Entwurfs zu verweisen[15].

Aschrott[16]) macht m. M. nicht mit Recht darauf aufmerksam, daß der inländische Richter in allen Fällen der begehrten Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Firma, wenn in dem betreffenden ausländischen Staate das Vorhandensein der Hauptniederlassung nicht durch den Eintrag in ein öffentliches Register gewährleistet wird, diesen Nachweis auf andere Weise erhalten muß, damit Täuschungen im Verkehr vorgebeugt werde. Auch der von ihm vorgeschlagene Ausweg — Beibringung des Attestes eines diplomatischen Vertreters — ist wohl zu empfehlen. Dagegen kann ihm aus den früher erwähnten Gründen[17]) darin nicht beigetreten werden, wenn er Firmen zulassen will, die dem jetzigen inländischen Rechte nicht entsprechen. Ob eine neue gesetzliche Bestimmung aus Rücksicht auf den internationalen Verkehr in dieser Richtung wünschenswerth sei, ist eine andere Frage, welche bei verbürgter Gegenseitigkeit wohl bejaht werden könnte.

Gegenüber den im Entwurfe des Handelsgesetzbuchs enthaltenen Firmenvorschriften wird man auch nicht etwa aus den Worten des § 13 Abs. 3: „soweit nicht das ausländische Recht eine Abweichung erforderlich macht" eine solche Konzession an das Ausland folgern dürfen. Die Denkschrift bietet hierfür keinen Anhalt.

Die ausschlaggebende Wirksamkeit der Einträge in das Register der Haupt-

*) § 201 des Gesetzes.

[15]) Denkschrift S. 101, 150.

[16]) Deutsche Juristen-Zeitung 1897 S. 100. Dort ist § 12 des Entwurfs I, welcher dem § 13 des Entwurfs II entspricht, citirt.

[17]) Vergl. oben im ersten Theil § 6.

niederlassung bleibt in dem Entwurfe natürlich überall da aufrecht erhalten, wo diese Wirksamkeit schon jetzt unbedingt besteht.

Dagegen ist für die relative Wirksamkeit von Einträgen in § 15 des Entwurfs nunmehr die Regel, welche im jetzigen Handelsgesetzbuch nur für einzelne Fälle besonders aufgestellt ist — Art. 25, 46 und öfter — allgemein zur Anerkennung gebracht worden. Insbesondere bestimmt § 15 Abs. 3, daß für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend ist. Hiermit werden die bisher in dieser Richtung vorhandenen Zweifel gesetzlich beseitigt. Der Standpunkt des Entwurfs ist wohl auch zweifellos richtig im Gegensatz zu der bisher vereinzelt vorkommenden anderweiten gesetzlichen Regelung, worüber bereits früher gesprochen wurde [18]) und worauf auch die Denkschrift S. 102 hinweist. Im Anschluß an die geplanten Aenderungen des Handelsgesetzbuchs soll dann auch die Aenderung der hier in Betracht kommenden, neben diesem weiter bestehenden Reichsgesetze über die Genossenschaften vom 1. Mai 1889 und über die Gesellschaften mit b. H. vom 20. April 1892 stattfinden. [19])

Zu erwähnen sein möchte noch, daß § 157 Abs. 2*) des Entwurfs hinsichtlich des Beginnes der Verjährung bei den Ansprüchen gegen einen offnen Gesellschafter ausdrücklich den Eintrag in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts maßgebend erklärt, was ja auch schon jetzt nicht zweifelhaft sein konnte, aber bei der einmal stattfindenden Revision des Handelsgesetzbuchs ausdrücklich auszusprechen gewiß am Platze war. Vergl. auch § 25 Abs. 2.**)

Nicht in Betracht kommt das Register der Zweigniederlassung in dem Art. 4 des Einf.-G. gedachten Fall. [20])

Endlich ist zu bemerken, daß § 31***) des Entwurfs den Eintrag der Eröffnung, der Aufhebung und der Einstellung des Konkursverfahrens in das Handelsregister anordnet; der Eintrag hat von Amtswegen zu erfolgen. Dagegen finden Bekanntmachungen nicht statt und die Vorschriften von § 15 keine Anwendung.

Die Regel ist der Fall, daß die Zweigniederlassung sich mit der Hauptniederlassung nicht in demselben Registerbezirke befindet, ausnahmsweise kann es aber natürlich vorkommen, wenn es die besonderen Geschäftsverhältnisse bedingen. Die Denkschrift erwähnt S. 101 diesen Ausnahmefall und geht davon aus, daß die

---

[18]) Vergl. im ersten Theil § 9 a. E.

[19]) Denkschrift S. 102 flg. Entwurf des Einführungsgesetzes Art. 2 Abs. 2, Art. 10, 11. Die Aenderung dieser Reichsgesetze erstreckt sich über den hier speziell erwähnten Punkt noch hinaus.

*) § 159 des Gesetzes.

**) § 26 des Gesetzes.

[20]) Denkschrift S. 99, 227.

***) § 32 des Gesetzes.

Verpflichtung zur Anmeldung sich aus §§ 13 Abs. 1, 28*) ergiebt, meint aber mit Recht weiter, daß es den Ausführungsvorschriften zu überlassen sei, über die Art einer solchen Eintragung Bestimmung zu treffen. Hierauf ist bereits früher eingegangen worden.[21])

Die Lostrennung einer Zweigniederlassung von der Hauptniederlassung ist im Entwurfe nicht ausdrücklich erwähnt, erscheint aber nach wie vor zulässig. Dagegen ist die bisher gesetzlich nicht geregelte Frage, unter welchen Voraussetzungen der Erwerber eines bestehenden Handelsgeschäfts Schulden und Forderungen des bisherigen Inhabers übernimmt, nunmehr in den §§ 24 bis 26**) des Entwurfs beantwortet.[22])

Zum Schlusse sei noch bemerkt, daß eine Aenderung der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung, soweit sie hier in Frage kommen, wie aus der dem Entwurfe als Anlage I beigegebenen Zusammenstellung hervorgeht, nicht beabsichtigt ist.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Vertrag mit einer Militärdienstversicherungsgesellschaft zu Gunsten eines Dritten. Beitritt des letzteren. (§§ 853, 854 des B.G.B.'s.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 31. December 1896. O. VII 78/96.

Der Vater des Klägers hat diesen, welcher am 22. August 1875 geboren, daher während des Prozesses mündig geworden ist, bei der Deutschen Militärdienst-Versicherungsanstalt zu Hannover nach Höhe von 500 ℳ versichert und darüber die Police Nr. 34898 Tab. B vom 21. Mai 1884 ausgestellt erhalten. Der Eingang derselben lautet: „Die Deutsche Militärdienst-Versicherungs-Anstalt versichert hiermit auf Grund ihres Statuts, ihres Geschäftsplans und des von Ernst N., Restaurationspächter in P. (dem Vater des Klägers), am 19. Mai 1884 gestellten Antrags zu Gunsten des (nun folgt der Name des Klägers) die Summe von 500 ℳ u. s. w." Zum Antrage ist ein Vordruck benutzt worden, auf dessen Rückseite die damals in Geltung gestandenen Allgemeinen Versicherungsbedingungen vermerkt sind. Gegenwärtig ist ein anderer Vordruck gebräuchlich und stehen die auf dessen Rückseite ersichtlichen Bestimmungen in Kraft, nach denen der Versicherungsvertrag nicht mehr „zu Gunsten" sondern „betreffs" eines Knaben abgeschlossen wird.

Der Kläger ist in das stehende Heer eingestellt worden, die Bedingung der Versicherung daher eingetreten.

---

[21]) Vergl. im ersten Theil § 9.

[22]) Denkschrift S. 106.

*) §§ 13, 29 des Gesetzes.

**) §§ 25—27 des Gesetzes.

Auf Antrag des Beklagten ist wegen einer Wechselforderung desselben an den Vater des Klägers durch Beschluß der Ferien-Civilkammer des Landgerichts zu Freiberg vom 31. Juli 1895 die angeblich dem Vater zustehende Forderung von 500 M aus der Versicherung arrestweise gepfändet worden. Die Zustellung ist an den Vater am 11. August 1895, an die Anstalt am 10. desselben Monats erfolgt. Durch Beschluß des Amtsgerichts zu Freiberg vom 8. Oktober desselben Jahres, dem eine Benachrichtigung (§ 744 der C.P.O.) am 26./30. Juli 1895 vorausgegangen war und der dem Vater am 19. und der Anstalt am 14. Oktober desselben Jahres zugestellt wurde, ist die Forderung dem Beklagten zur Einziehung überwiesen worden, und zwar bevor der Kläger in das Heer eingestellt wurde. Darauf hat der Beklagte die Police dem Vater des Klägers, in dessen Besitz sie stets gewesen, durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen und sich aushändigen lassen.

Der Antrag des Klägers geht nun auf Verurtheilung des Beklagten, in Aufhebung der Zwangsvollstreckung zu willigen und ihm die Police herauszugeben. Er stützt seinen Anspruch auf die Versicherungssumme darauf,

1., daß der Vertrag durch seinen gesetzlichen Vertreter zu seinen Gunsten abgeschlossen worden sei und daß auch auf seinen Namen die Police laute, sowie

2., daß die ersten Prämienzahlungen von seinen Pathengeschenken an zusammen 120 M und die seit dem Jahre 1892 an fällig gewordenen von ihm mit Gelde, welches er als Kellner verdient, — unter schenkungsweiser Beisteuerung seiner Mutter — bezahlt worden seien.

Vom Beklagten ist dies bestritten und um Abweisung der Klage ersucht worden.

Das Landgericht hat den Beklagten verurtheilt.

Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

I.,

Der Versicherungsvertrag ist vom Vater des Klägers ohne Bezugnahme darauf abgeschlossen worden, daß er als gesetzlicher Vertreter dieses seines unmündigen Sohnes handle. Im Zweifel muß also angenommen werden, daß er der Vertragschließende sein wollte, und die Versicherungsanstalt hat sich damit, indem sie abschloß, einverstanden erklärt.

Es kommt daher nur in Frage, ob der Versicherungsvertrag zu des Klägers Gunsten im Sinne der §§ 853 flg. des B.G.B.'s eingegangen worden ist oder nicht. Um den Willen der Vertragschließenden darüber zu erforschen, wem die Versicherungssumme zukommen sollte, dem Kläger oder dessen Vater, — für ersteres spricht im Zweifel der Wortlaut der Police — ist auf den Inhalt der damals bestehenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen zurückzugehen, wie sie auf der Rückseite des vom Vater zum Versicherungsantrage benutzten Vordrucks enthalten sind. Nur ihnen wollte sich der Vater unterwerfen, nicht den später eingeführten. Letztere dürfen auch nicht zur Auslegung der früheren herangezogen werden, zumal die Beweggründe nicht bekannt sind, die die Versicherungs-

anstalt zu ihrer Einführung an Stelle der früheren bestimmt haben. Es ist zu untersuchen, was der Vater vernünftiger- und üblicherweise mit dem Versicherungsvertrage bezweckt hat.

Durch die Versicherung wird (§ 6 Abs. 1) ein durch Einstellung des Versicherten in das stehende Heer oder in die Flotte und durch Beibringung eines Zeugnisses darüber bedingtes Recht auf die Zahlung der Versicherungssumme erworben.

Bestimmt ist dieser Versicherungszweig dazu, die durch die allgemeine Wehrpflicht der Familie des Wehrpflichtigen bez. diesem selbst auferlegten Geldopfer zu erleichtern. Sie sind verschieden, je nachdem es sich voraussichtlich um einen zukünftigen Einjährig-Freiwilligen handelt oder nicht. Ersterer bez. seine unterhaltspflichtigen Verwandten müssen für seine Bekleidung, seinen Unterhalt und, soweit sich durch die Entfernung der Wohnung der Eltern von der Dienststelle oder aus anderen Gründen eine besondere Wohnung erforderlich macht, auch für diese aus eigenen Mitteln aufkommen, während das bei anderen zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienenden nicht der Fall ist, vielmehr alles dies das Reich trägt. Immerhin sind auch im letzteren Falle während der Dienstzeit allerlei Bedürfnisse zu bestreiten, wozu erfahrungsmäßig die Löhnung nicht immer ausreicht. Der Diensteintritt fällt in der Regel in die Zeit der Minderjährigkeit, regelmäßig aber in die der wirthschaftlichen Unselbständigkeit eines Mannes, sodaß er, bei Mangel eigenen Vermögens, aus eigenen Mitteln zur Aufbringung des nöthigen Geldes nicht im Stande ist.

Hiernach liegt es nahe, braucht aber hier nicht entschieden zu werden, ob nicht von vornherein eine Verschiedenheit der Willensabsicht des Vaters anzunehmen sei, der für seinen Sohn, meist — zur Verminderung der Prämien — in dessen Kindesalter eine derartige Versicherung abschließt, je nachdem es sich voraussichtlich um einen Einjährig-Freiwilligen handelt oder nicht, ob im ersteren Falle mehr für die Annahme spreche, daß der Vater sich eine Geldbeihülfe sichern wollte unter der Voraussetzung, daß der Sohn körperlich als zum Heeresdienste tauglich befunden und demgemäß in denselben eingestellt werden sollte. Denn dann treten außerordentliche Ausgaben an ihn heran, welche zum Theil, wie die Beschaffung einer ganz anderen Kleidung sofort erhebliche Mittel erheischen.

So liegt die Sache aber nicht hier, wo der Vater ein kleiner Restaurateur mit nicht großen Mitteln war, der Sohn Kellner geworden und als Grenadier auch wirklich eingestellt worden ist. Hier tritt für den Vater auf die Dauer des Heeresdienstes seines Sohnes keine Vermehrung der Ausgaben, sondern nach Befinden sogar eine Entlastung ein, das Reich nimmt ihm die Bekleidung und den Unterhalt seines Sohnes ab und zahlt demselben Löhnung. In diesen Fällen wird die Versicherung für den Vater und von besonders gearteten Fällen abgesehen, der Regel nach von dem Gedanken beeinflußt, dem Sohne während dessen Militär-

zeit einen Zuschuß zur Bestreitung seiner Bedürfnisse, soweit sie sich durch seine Löhnung nicht decken lassen, und nach seiner Entlassung eine Mithülfe zum weiteren Fortkommen zu gewähren, das er sich, in der Regel — anders als beim Einjährig-Freiwilligen — von da ab selbständig von väterlicher Unterstützung zu suchen hat. Diesem Gedanken tragen auch offenbar die Allgemeinen Versicherungsbedingungen in § 6 Rechnung, indem die Versicherungssumme mit einem Viertheil je 8 Tage nach Beginn eines der (damals noch gesetzlichen) drei Dienstjahre und mit dem letzten Viertheil 8 Tage nach erfolgter Dienstentlassung fällig wird. Hier liegt somit die Annahme nahe, daß nach dem Willen des Vaters der Sohn, nicht der Vater auf die Versicherungssumme berechtigt sein sollte, daß daher ein Vertrag im Sinne der §§ 853 des B.G.B.'s beabsichtigt worden ist.

Dies würde im vorliegenden Falle zur Gewißheit werden, wenn die Behauptung des Klägers sich als wahr erweisen sollte, daß die dem Kläger zugewandten Pathengeschenke zusammen behauptlich 120 ℳ — diese würden bei 8,80 ℳ Vierteljahrsprämie über drei Jahre gereicht haben —, zu den Prämienzahlungen verwandt worden wären. Es würde dann von vornherein als Absicht des Vaters des Klägers feststehen, daß letzterer eine Forderung auf die Versicherungssumme erwerben sollte. Die Verwendung des dem Kläger gehörigen Geldes, mit welchem obendrein ein gewisses Pietätsinteresse verknüpft war, zu Zwecken des Vaters würde sich wohl nicht haben rechtfertigen lassen. Auf eine solche Absicht des Vaters würde weiter auch zurückzuschließen sein, wenn der unmündige Kläger mit Bewilligung des Vaters von seinem Kellnerverdienste weitere Prämienzahlungen geleistet und seine Mutter, um ihm ein Geschenk zu machen, die letzten Prämien bezahlt hätte.

Es folgen Beweiswürdigungen, in denen diese Thatsache sowie weiter als erwiesen angenommen wurde, daß der Kläger seinen Eltern einmal 30 ℳ Verdienst geschickt hat und daß das Geld vom Vater zur Bezahlung der gerade fälligen Prämie mit verwandt worden ist, und daß der Vater einmal dem Versicherungsagenten gegenüber geäußert hat: „Der Sohn mag nun nur seine Sache selber bezahlen, ich kümmere mich nicht mehr darum."

Die letztere Aeußerung des Vaters ist besonders bemerkenswerth. Wenn er davon spricht, der Sohn möge seine Sache selber bezahlen, so geht daraus hervor, daß er die ganze Versicherungsangelegenheit nicht als ihn angehend, sondern als diejenige des Klägers angesehen hat. Und, wenn er betont, daß das nun geschehen solle, er kümmere sich nicht mehr darum, so ist daraus zu entnehmen, daß er bisher Prämien aus seinen Mitteln und zwar schenkungsweise für seinen Sohn bezahlt hatte, da er aber auf diesen aufgebracht sei, es nicht weiter zu thun gedenke, sondern die fernere Bezahlung der Prämien dem Kläger überlasse.|

II.,

Ist somit eine Versicherung zu Gunsten des Klägers von dessen Vater

beabsichtigt gewesen, so ist andererseits auch anzunehmen, daß die Vertragsgegnerin, die Versicherungsanstalt, auf sie in diesem Sinne habe eingehen wollen. Dafür sprechen neben dem Wortlaute der Police, wonach die Gesellschaft zu Gunsten des Klägers versichert hat, auch noch folgende der damals in Kraft befindlich gewesenen Allgemeinen Versicherungsbedingungen.

Nach § 1 sind zwecks Aufnahme unter Anderem beizubringen:

a, ein schriftlicher Antrag derjenigen Person, welche die Prämien für den zu versichernden Knaben zu entrichten sich verpflichtet,

b, ein amtliches Geburtsattest des Knaben, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen werden soll.

Auch weiterhin wird zwischen dem Versicherungsnehmer oder Antragsteller und dem Versicherten bez. versicherten Knaben unterschieden (§ 2 Abs. 1 und 2, §§ 3, 6 Abs. 1, 3—5, 11, 12). Unter dem Versicherten ist nach § 3 Abs. 2 derjenige zu verstehen, durch dessen Einstellung in das Heer oder die Flotte die Versicherung bedingt ist.

Nach § 6 Abs. 2 geschieht die Auszahlung der Versicherungssumme an den berechtigten Inhaber der Police bez. dieser und der letzten Prämienquittung. Die Anstalt ist nach § 8 Abs. 1 zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Legitimation des Policeninhabers zu prüfen.

Die Versicherungsnehmer sind nach § 3 des Statuts Mitglieder der Anstalt, welchen durch die vorgedruckte Kabinetsordre die Rechte einer juristischen Person verliehen worden sind.

Aus alledem geht hervor, daß auch die Versicherungsanstalt zwar einen Vertrag nur mit dem Vater des Klägers hat eingehen wollen, aber eventuell, d. h. wenn dies in der Absicht des Vaters lag, damit einverstanden gewesen ist, daß die Vortheile aus dem Vertrage dem Kläger im Sinne der §§ 853 flg. des B.G.B.'s zu Gute kommen sollten. Daran, wer die Versicherungssumme erhielt, der Kläger oder dessen Vater, hatte sie auch offenbar kein erhebliches Interesse, wenn nur ein nach ihrer Meinung zahlungspflichtiger Mann, der Vater, ihr Vertragsgegner und damit zur Zahlung der Versicherungsprämien verpflichtet wurde.

Hiermit steht in Uebereinstimmung der in der vorliegenden Sache am 2. März 1896 ergangene Beschluß des Reichsgerichts.*) Dieses hält schon auf Grund des Inhalts der Policenabschrift — die dem Oberlandesgericht bei seiner früheren Erklärung nicht vorlag — für genügend glaubhaft gemacht, daß der Versicherungsvertrag zu Gunsten des jetzigen Klägers mit dem Willen geschlossen worden sei, daß dieser selbst für den Fall, daß er zum Militärdienst einberufen werde, die Forderung von 500 ℳ an die versichernde Anstalt haben solle.

*) Das Reichsgericht hatte in diesem Beschlusse (VI Bs. 31/96) die von der ersten Instanz angeordnete Einstellung des vom Beklagten betreffs der Versicherung betriebenen Zwangsvollstreckungsverfahrens für gerechtfertigt befunden.

III.

Es fragt sich daher nur noch, ob der Kläger aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrage ein von dem Willen des Vaters unabhängiges selbständiges Recht erworben hatte, ehe (im Jahre 1895) der Beklagte die Forderung auf die Versicherungssumme, dem Vater gegenüber, pfänden und sich zur Einziehung überweisen ließ, ob er nämlich vorher dem Vertrage beigetreten ist (§ 854 des B.G.B.'s). Das Oberlandesgericht pflichtet der Meinung des Landgerichts bei, daß ein solcher Beitritt, der, wie jede Willenserklärung, stillschweigend (§ 98 des B.G.B.'s) geschehen kann, vom Vater des Klägers, in gesetzlicher Vertretung desselben, zugleich mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrags in einer der Versicherungsanstalt erkennbaren Weise bewirkt worden ist. Der Vater hatte, wie oben unter I dargelegt worden ist, bereits damals die Absicht, die nicht unerheblichen Pathengeschenke des Klägers zur Zahlung der Prämien zu verwenden und auch aus seinem späteren Verhalten ist zu entnehmen, daß er schon damals willens gewesen ist, die Vortheile der Versicherung sofort dem Kläger endgültig zu sichern. Daß es, wenn der Vater eine solche Willensabsicht verfolgte, einfacher gewesen wäre, den Versicherungsvertrag in Vertretung des Klägers abzuschließen, steht dieser Annahme nicht entgegen. Denn darauf würde die Versicherungsanstalt, wie bereits bemerkt, nicht eingegangen sein, weil der im Kindesalter stehende, vermögenslose und erwerbsunfähige Kläger für die Erfüllung der Pflichten des Versicherungsnehmers keine Gewähr bot. Es ist aber rechtlich durchaus zulässig, daß Jemand in einer Urkunde sich etwas für einen Anderen versprechen läßt und das Versprechen als Vertreter des Anderen annimmt (vergl. auch Rechtsgrundsätze im Versicherungswesen v. Dr. Falk Nr. 424).

Ist aber somit die in § 854 des B.G.B.'s erforderte Beitrittserklärung des Klägers dem Vertragsgegner, der Versicherungsanstalt, gegenüber erfolgt, so kann ungeprüft bleiben, ob ein Beitritt dem Vater gegenüber genügt hätte (vergl. Grützmann, Sächs. Privatrecht Bd. 2 § 137 II Note 6 und Entsch. des O.L.G.'s Bd. 16 S. 176, wo der Beitritt der Versicherungsanstalt gegenüber deren Statuten zufolge verlangt wird).

Es erübrigt sich damit auch ein Eingehen auf die Frage, ob mit Rücksicht auf den Erfüllungsort das in der Provinz Hannover geltende — sonst in der Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter mit dem Sächs. B.G.B. übereinstimmende — Gemeine Recht einschlagen und ob es deshalb eines Beitritts überhaupt bedurft haben würde. Bezüglich des Gemeinen und des Allgem. Preuß. Landrechts hat das Reichsgericht (vergl. Falk a. a. O. Nr. 421, 426, 427) und ebenso das O.L.G. zu Breslau in einem dem Berufungsgerichte vorliegenden Urtheile in Sachen Krebs gegen die Krebs'sche Konkursmasse einen solchen Beitritt bei Versicherungsverträgen zu Gunsten Dritter nicht für erforderlich erklärt.

Zurückhaltungsrecht des Kaufmanns nach Art. 313 des H.G.B.'s gegenüber der vom Konkursverwalter nach § 117 Abs. 1 der K.O. auf Herausgabe der zurückbehaltenenen Gegenstände erhobenen Klage. Umfang der Befugniß eines Handlungsbevollmächtigten, Wirkung der Vollmacht nach dem Tode des Prinzipals (Art. 47, Art. 54 Abs. 2 des H.G.B.'s, § 2246 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 11. Dezember 1896. O. II. 12/96.

Der Beklagte ist Pferdehändler, sowie Inhaber einer Reitbahn und eines Reitstalls. Er pflegt seinen auswärtigen Geschäftsfreunden, die mit Pferd und Wagen vorübergehend in Leipzig weilen, aus „geschäftlicher Zuvorkommenheit" zu gestatten, daß sie in seinen dortigen Geschäftsräumen gegen Entgelt ausspannen.

Der am 24. Juli 1895 verstorbene Fabrikant S. in Markranstädt, ein Kunde des Beklagten, hat bei seinen Lebzeiten, wenn er mit Fuhrwerk nach Leipzig kam, von der erwähnten Ausspannungsgelegenheit mehrmals Gebrauch gemacht.

Dem Beklagten sind gegen den Genannten bisher nicht berichtigte Geldforderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften erwachsen, die bereits zur Zeit des Todes des Schuldners fällig waren.

Einige Tage nach diesem Tode erschien der Beklagte in der Fabrik S.'s, um sich zu erkundigen, ob die ihm zugegangene Nachricht von dem Tode wahr sei.

Zur Rückfahrt nach Leipzig hat er in Gemeinschaft mit einem Handlungsgehülfen S.'s, Namens F., ein zum Nachlasse gehöriges Geschirr (bestehend aus einem Wagen und einem angeschirrten Pferde) benutzt. In Leipzig sind auf Weisung F.'s Pferd und Wagen bei dem Beklagten eingestellt worden. Als das Fuhrwerk anderen Tags wieder abgeholt werden sollte, verweigerte der Beklagte die Herausgabe unter der Begründung, daß er es wegen seiner obenerwähnten Forderungen gegen den Verstorbenen zurückbehalte.

Der Nachlaß S.'s ruhte damals. Am 27. August 1895 ist über ihn von dem Amtsgerichte Markranstädt Konkurs eröffnet und es ist der Kläger als Konkursverwalter bestellt worden.

Hierüber sind die Parteien einverstanden.

Der Kläger klagt auf Herausgabe des Pferdes nebst Geschirr und des Wagens, die sich unbestritten noch im Besitze des Beklagten befinden. Er bestreitet das Bestehen des von dem Beklagten ausgeübten Zurückbehaltungsrechts, da der Beklagte von vornherein darauf ausgegangen sei, Pferd und Wagen als Sicherungsmittel in seinen Besitz zu bekommen. Er habe, geleitet durch diese Absicht, F. unter dem Vorwande, daß er, der Beklagte, sonst zu lange auf den Eisenbahnzug warten müsse, gebeten, ihn nach Leipzig zurückzufahren, und jenen auch in Leipzig zur Ausspannung und Einstellung des Fuhrwerks veranlaßt, F.

habe auf das bloße Aufhalten F.'s kein Recht gehabt, über Pferd und Wagen so, wie geschehen, zu verfügen.

Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Er hält die Erfordernisse des Art. 313 des H.G.B.'s, woraus er sein Recht auf Zurückbehaltung herleitet, für gegeben, bestreitet die Einwendungen des Gegners und behauptet, daß F. Geschäftsführer und Handlungsbevollmächtigter S.'s und allgemein ermächtigt gewesen, Pferd und Wagen zu Geschäftszwecken zu benutzen, daß der Genannte nach dem Tode S.'s dessen Geschäft weiter betrieben habe und daher als Vertreter des Nachlasses gelten müsse.

Von diesem Anführen des Beklagten gesteht der Kläger nur zu, daß das Geschäft S.'s von dessen Tode an bis zur Konkurseröffnung — wenn auch mit gemindertem Betriebe — thatsächlich fortgeführt worden, sowie daß — von F. abgesehen — ein Geschäftsführer nicht vorhanden gewesen sei; doch sei zur Zeit des Vorgangs für den Nachlaß bereits ein Nachlaßvertreter in der Person des Ortsrichters bestellt gewesen und es habe F. die Fahrt ohne dessen Willen unternommen.

In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden.

Auf die Berufung des Klägers ist in zweiter Instanz das Urtheil dahin abgeändert worden, daß — unter Abweisung der Klage, soweit der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens des von dem Beklagten geltend gemachten Zurückhaltungsrechtes erstrebt hat — der Beklagte verurtheilt worden ist, das geforderte Pferd nebst Geschirr und Wagen dem Kläger zur Verwerthung gemäß § 117 Abs. 1 der K.O. zu überlassen und $^1/_5$ der Kosten beider Instanzen zu tragen, während dem Kläger $^4/_5$ der Kosten auferlegt worden sind.

Aus den Gründen:

I.

Ihrem Sinne und Zusammenhange nach ist die Klage gerichtet:

1. auf Verurtheilung des Beklagten, dem Kläger die geforderten Gegenstände zum Zwecke ihrer Verwerthung für die Konkursmasse zu überlassen, und

2. auf Feststellung des Nichtbestehens des von dem Beklagten ausgeübten Zurückbehaltungsrechts.

Nach dem Wortlaute des Klagantrags beantragte der Kläger zwar nur die „Herausgabe" von Pferd und Wagen. Damit meint er aber, wie die Klagbegründung an die Hand giebt, nicht allein die Ueberlassung dieser Gegenstände zu dem bezeichneten Zwecke, sondern auch in dem Sinne und mit dem Erfolge, daß die Verwerthung ohne Rücksicht auf das vorerwähnte Zurückbehaltungsrecht zu geschehen habe. Letzteres folgt insbesondere daraus, daß der Kläger bei Begründung der Klage das soeben bezeichnete Recht des Beklagten unter eingehender Darlegung der gegen dasselbe sprechenden Umstände bestreitet.

Zu dem ersten Punkte ist der Klaganspruch begründet. Auch wenn ein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten bestände, könnte sich dieser, — da einer der in der K.O. § 117 Abs. 2 vorgesehenen Fälle hier nicht vorliegt — nach Abs. 1

des angezogenen Paragraphen dem Verlangen des Klägers auf Ueberlassung der Gegenstände zu dem obigen Zwecke mit Grund nicht widersetzen. Sein Recht würde sich solchenfalls auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse beschränken.

II.

Dagegen ist das Klaggesuch im zweiten Punkte nicht begründet.

A. Es ist *unbestritten*, daß die Forderungen, zu deren Sicherung der Beklagte die streitigen Gegenstände zurückbehielt, bereits bei Lebzeiten S.'s *fällig* waren und auf beiderseitigen Handelsgeschäften beruhen.

Der Beklagte betreibt gewerbsmäßig Pferdehandel und ist daher *Kaufmann* (H.G.B. Art. 4, 271[1]). Die gleiche Eigenschaft hat der verstorbene S. als *Fabrikant* besessen (H.G.B. Art. 4, 272[1]).

Daß die geforderten Sachen dem verstorbenen S. gehört haben und einen Theil des von ihm hinterlassenen Vermögens bildeten, ist *nicht bestritten*.

B. *Streitig* ist dagegen, ob der Beklagte „mit *Willen* des Schuldners" in den Besitz von Pferd und Wagen gelangt sei.

Zweifellos geschah die Ueberlassung dieser Sachen an den Beklagten mit dem Willen des Zeugen F. Dies stellt der Kläger selbst nicht in Abrede. Den Willen des Genannten hat der als Schuldner des Beklagten anzusehende Nachlaß S.'s aber nur unter der Voraussetzung gegen sich gelten zu lassen, daß der Zeuge, welcher thatsächlich das von S. betriebene Handelsgewerbe nach dem Tode des Prinzipals weiter geführt hat, bei der von ihm veranlaßten Einstellung des Fuhrwerks jenen Nachlaß wirksam vertreten hat.

Hierzu wird ausgeführt, daß die Aussage F.'s, S. habe ihm „unbeschränkte Vollmacht" ertheilt, indem er ihm gesagt habe, er sei in der „Ausführung des Fabrikgeschäfts" durchaus selbständig, *wie er* (S.) *selbst*, als glaubhaft zu gelten hat und weiter bemerkt:

Darin ist eine dem Zeugen von S. ertheilte allgemeine Vollmacht zum Betriebe des hier fraglichen Handelsgewerbes zu erblicken.

Die dem Zeugen ertheilte (nach H.G.B. Art. 54 Abs. 2 auch nach dem Tode S.'s noch wirksame) Handlungsvollmacht erstreckte sich nach ihrer bezeugten Fassung auf *alle* durch den Betrieb erforderten Geschäfte und Handlungen, mit Ausnahme der im H.G.B. Art. 47 Abs. 2 erwähnten, zu deren Eingehung es der Ertheilung besonderen Befugnisses bedurft hätte. Sie beschränkte sich nicht auf solche Geschäfte und Rechtshandlungen, welche der hier fragliche Betrieb *für gewöhnlich* mit sich brachte (H.G.B. Art. 47 Abs. 1). Vielmehr liegt in den bei ihrer Ertheilung gebrauchten Worten, F. sei bei Ausführung des Betriebs so *selbständig wie der Prinzipal selbst*, auch die Ermächtigung zur Vornahme auch nicht für gewöhnlich mit dem Betriebe verbundener Handlungen.

Es wird dann weiter ausgeführt, daß F. die Fahrt nach Leipzig zum Zwecke der Ausführung von Geschäften, die dem Betriebe des S.'schen Handelsgeschäfts

dienten, unternommen, daß er also auch bei Einstellung von Pferd und Wagen mit rechtlicher Wirkung für den Nachlaß S.'s gehandelt hat, und weiter bemerkt:

C. Unerheblich ist das Anführen des Klägers, es sei bereits zur Zeit der Fahrt ein Nachlaßvertreter bestellt gewesen und F. habe die Fahrt „ohne dessen Willen" unternommen.

Daß der Nachlaßvertreter die Einstellung des Handelsbetriebes angeordnet habe, will und kann der Kläger nicht behaupten. Es kann daher die Frage dahingestellt bleiben, ob eine solche Anordnung ohne Weiteres die dem Zeugen F. ertheilte Handlungsvollmacht erledigt haben würde — zu vergl. Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 12 S. 11 —. Auch hat der Kläger eine dahin gehende Behauptung, daß jener Vertreter dem Zeugen die Fahrt nach Leipzig untersagt habe, nicht aufgestellt. Der Kläger will vielmehr nur geltend machen, daß F. die Genehmigung des Nachlaßvertreters zur Fahrt nicht eingeholt habe. Dessen bedurfte er aber mit Rücksicht auf die ihm ertheilte Vollmacht nicht.

Auch die Vorschrift im B.G.B. § 2246 steht den Erwägungen unter B nicht entgegen. Dort ist bestimmt, daß eine von den Erben noch nicht angetretene Erbschaft nur insoweit durch Erwerbungen vermehrt und durch Verpflichtungen gemindert werden kann, als dies ohne Willenshandlungen des Erwerbenden oder Verpflichteten möglich ist. Ob hiernach Erwerbs- und Verpflichtungshandlungen für die ruhende Erbschaft auch insoweit auszuschließen seien, als sie auf einer auftragslosen Geschäftsführung beruhen, kann dahingestellt bleiben. Auch kann man die hiermit zusammenhängende Frage auf sich beruhen lassen, ob im gegebenen Falle der Nachlaß S.'s die oben erwähnten Handlungen F.'s vom Standpunkte des bürgerlichen Rechts — zu vergl. B.G.B. § 1324 — als ohne Auftrag für ihn geführte Geschäfte gegen sich gelten lassen müsse. Denn nach dem bereits angezogenen Art. 54 Abs. 2 des H.G.B.'s, dessen Vorschriften nach Art. 1 den landesrechtlichen Bestimmungen vorgehen, erstreckt sich die dem Zeugen F. ertheilte allgemeine Handlungsvollmacht auch über den Tod S.'s hinaus. Die hieraus sich nothwendig ergebende Folge ist, daß auftragsgemäße Willenshandlungen F.'s trotz der in § 2246 des B.G.B.'s enthaltenen Beschränkungen den Nachlaß unbeschränkt berechtigen und verpflichten müssen.

D. Durch die Einstellung von Pferd und Wagen bei dem Beklagten erlangte der Beklagte den Besitz an diesen Gegenständen. Darunter hat man im Sinne von H.G.B. Art. 313 Abs. 1 nicht bloß den Besitz im eigentlichen Sinne (B.G.B. § 186) sondern auch die Inhabung zu verstehen,

Entsch. des vorm. Reichs-O.H.G.'s, Bd. 10 S. 236, Bd. 16 S. 82, Bd. 19 S. 372 und Wengler's Archiv, Jahrg. 1890 S. 727.

Inhaber der Gegenstände wurde aber der Beklagte insofern, als er sie, und zwar mit Willen F.'s, in den ausschließlich in seinem Gewahrsam befindlichen und unter seinem Verschlusse stehenden Geschäftsräumen unterbrachte.

E. Die Einstellung war mindestens auf der Seite des Beklagten ein Han-

delsgeschäft. — Entsch. des Reichs-O.H.G.'s Bd. 6 und des R.G.'s in Civils. Bd. 26 S. 58. – Hierfür streitet zunächst die Vermuthung in H.G.B. Art 274 verb. Art. Art. 273. Es kommt aber weiter noch Folgendes hinzu:

Nach der Darstellung beider Theile pflegte der Beklagte die Ausspannung seinen Geschäftskunden, zu welchen auch S. gehört habe, „aus geschäftlicher Zuvorkommenheit" gegen Entgelt zu gestatten. Die hierauf bezüglichen Verträge hatten sonach den Zweck, das von dem Beklagten betriebene Handelsgewerbe zu fördern, und müssen daher als durch den Handelsbetrieb veranlaßte und zu diesem gehörige Geschäfte gelten.

Für die Annahme, daß es sich im vorliegenden Falle um eine Stall- und Wagenschuppenmiethe gehandelt habe, (in welchem Falle die Ausnahmebestimmung im H.G.B. Art. 275 in Frage kommen könnte), ist ein ausreichender Anhalt nicht gegeben. Die Vermuthung spricht vielmehr dafür, daß der Beklagte Pferd und Wagen aufbewahren, auch das Pferd füttern und verpflegen sollte. Danach handelt es sich nicht sowohl um eine dem Vertragsgegner des Beklagten überlassene entgeltliche Benutzung von Stall und Schuppen (B.G.B. § 1187), als vielmehr um die entgeltliche Leistung eines einheitlichen Werkes (B.G.B. § 1243).

Es wird weiter als erwiesen angesehen, daß die Einstellung von Pferd und Wagen auch auf Seiten des S.'schen Nachlasses ein Handelsgeschäft gewesen ist.

F. Die Ausnahmebestimmung im zweiten Absatze des Art. 313 des H.G.B.'s schlägt auch nach Ansicht des Berufungsgerichts hier nicht ein.

Wie das Oberlandesgericht bereits in dem im Sächs. Archiv, Jahrg. 1892 S. 234 veröffentlichten Falle ausgeführt hat, kann jene Vorschrift nicht dahin aufgefaßt werden, daß das Zurückbehaltungsrecht schon dann wegfalle, wenn die dem Gläubiger bei der Uebergabe der Sache von dem Schuldner ertheilte Vorschrift ein Rechtsverhältniß zur Festsetzung bringt, zu dessen rechtlichen Folgen die Rückgabe der Sache an sich gehört. Jene Ausnahmebestimmung erfordert vielmehr eine Vorschrift des Schuldners oder eine Verpflichtung des Gläubigers, der die Zurückbehaltung widerstreitet. Darunter kann nur eine besondere, beiden Theilen erkennbar gewordene Willensrichtung verstanden werden, welche ergiebt, es habe die Zurückbehaltung ausgeschlossen werden sollen, (zu vergl. Laband, das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 9 S. 493 und 501. Staub, Kommentar zum H.G.B., 3. und 4. Auflage, S. 774, §§ 11 und 12, sowie die in § 13 aufgeführten Beispiele; Entsch. des vorm. Reichs-O.H.G.'s in Civils., Bd. 12 S. 91).

An einer solchen Willensäußerung gebricht es im vorliegenden Falle. Sie kann insbesondere nicht ohne Weiteres darin erblickt werden, daß die Einstellung von Pferd und Wagen nur auf ganz kurze Zeit (für eine Nacht) in Aussicht ge-

nommen war, und auch sonst fehlt es an einem ausreichenden Anhalt dafür, daß die Zurückbehaltung erkennbar, insbesondere von F., nicht gewollt gewesen sei.

Es wird schließlich das Vorbringen des Klägers, der Beklagte sei von Anfang an darauf ausgegangen, sich in den streitigen Gegenständen ein Sicherungsmittel zu verschaffen, als widerlegt angesehen und betreffs des Kostenpunktes bemerkt, daß die von dem Kläger erstrebte Feststellung, rücksichtlich deren er unterliegt, im Verhältnisse zu der erbetenen Ueberlassung der Gegenstände, in welche der Beklagte verurtheilt wird, von weit überwiegender Bedeutung ist.

Wirksamkeit der Erklärung des ohne Protest zahlenden Domiciliaten, der zugleich Indossant ist, daß er in dieser letzteren Eigenschaft zahle? (Art. 50, 51, 42, 41, 36 der Deutschen Wechselordnung).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 9. Mai 1896. O. III. 69/95.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den nachstehenden Gründen des die erhobene Wechselklage abweisenden Urtheils:

Der Klagwechsel ist eine auf Fried. Anton B. in Witschdorf bei Zschopau gezogene und von diesem acceptirte Tratte an eigene Ordre über 1000 ℳ, welche von dem Kläger als Aussteller unterzeichnet und girirt und von dem durch dieses Giro legitimirten Karl W. an die Beklagte weiter begeben worden ist. Die Beklagte, welche zugleich auf der Vorderseite des Wechsels als Domiziliatin benannt ist, hat zwar unbestritten den Wechsel an die Chemnitzer Filiale der Sächsischen Bank weiterbegeben, aber sie hat ihn vor Verfall von dieser Indossatin zurückerhalten und am Verfalltage, 20. Oktober 1894, nach Durchstreichung ihres Giro bei sich selbst als Domiziliatin Mangels Zahlung protestiren lassen.

Unbestritten ist noch, daß die Beklagte ihrer genannten Indossatarin beim Rückerwerbe des Wechsels, am 3. Oktober 1894 den „entsprechenden Wechselbetrag" d. i. den Betrag, welchen sie von ihr s. Zt. bei Diskontirung des Wechsels erhalten hatte, zurückgewährt hat und daß sodann der Kläger nach der Protesterhebung den Wechsel bei der Beklagten im Regreßwege mit 1012 ℳ 45 ₰. hat einlösen müssen.

Der Kläger hält sich zur Rückforderung dieser Summe nach den Grundsätzen von der Leistung einer Nichtschuld für berechtigt. Nach seiner Ansicht nämlich hat die Beklagte für den Acceptanten B., also als Domiziliatin gezahlt, so daß dadurch die Wechselobligation vollständig getilgt und demzufolge ein Regreßanspruch der Beklagten gegen ihn nicht zur Entstehung gelangt ist. Dagegen will die Beklagte den Wechsel am 3. Oktober 1894 in ihrer Eigenschaft als Indossatin eingelöst und dies auch der Indossatarin und damaligen legitimirten Inhaberin des Wechsels (der Chemnitzer Filiale der Sächsischen Bank) erkennbar gemacht haben; sie ist der Ansicht, daß sie unter diesen Umständen den Rückgriff an den Kläger habe nehmen können, obgleich sie ohne Protest gezahlt

und erst ihrerseits bei Verfall am 20. Oktober 1894 bei sich selbst als Domiziliatin hat Protest erheben lassen.

Prinzipielle Bedenken lassen sich gegen diese Auffassung der Beklagten nicht erheben. Denn die neuere Rechtsprechung, welche übrigens der vorigen Instanz nicht unbekannt geblieben ist, — hält abweichend von der Ansicht des vormaligen Reichs-O.H.G.'s.

(vergl. dessen Entscheidungen Bd. V S. 313, Bd. XII S. 115).

die Erklärung des ohne Protest zahlenden Domiziliaten, welcher zugleich Indossant ist, daß er in dieser letzteren Eigenschaft zahle, für wirksam und räumt, wenn eine solche Erklärung vorliegt oder auch nur die begleitenden Umstände eine dahin gehende Absicht erkennen lassen, dem Zahlenden dieselbe Rechtsstellung gegenüber den Vormännern ein, welcher er als Indossant nach Art. 50, 51 der Wechselordnung einnehmen würde, wenn er erst nach erhobenem Proteste eingelöst hätte,

vergl. die Entscheidungen des R.G.'s zu I 416/86 (theilweise abgedruckt in Bolze, Praxis des R.G.'s in Civilsachen B. IV Nr. 555 und 556) und zu VI 244/95 in der bei der Kammer II für Handelssachen des Landgerichts Chemnitz und bei dem Oberlandesgericht anhängig gewesenen Sache Kunath c/a Scherf O.I. 19/95; auch schon Gruchot's Beiträge Bd. XXX S. 701 flg. (auszugsweise in Bolze Bd. II Nr. 408).

Und dies mit Recht; denn wenn auch die Verpflichtung des Indossanten zu Einlösung des Wechsels nur erst nach vorheriger Protesterhebung eintritt, so steht es ihm doch frei, dem Nachmanne die Beobachtung dieser Formalität zu erlassen (Art. 42 der W.O.) und ihn auch ohne diese zu befriedigen. Nur muß er natürlich seinerseits, um sich den Regreß gegen die Vormänner zu wahren, noch rechtzeitig (Art. 41) Protest bei sich als dem Domiziliaten erheben lassen und, um hierzu sowie zur Geltendmachung des Regreßrechtes formell legitimirt zu sein (Art. 36), sein dieser Legitimation entgegenstehendes Indossament durchstreichen, dafern er es nicht vorzieht, sich von dem Indossatar ein förmliches Rückgiro geben zu lassen.

Daß in dem in Rede stehenden Falle von dem Indossanten die Kundgabe des Willens gefordert wird, als Indossant (und nicht als Domiziliat) den Wechsel einzulösen, hat seinen Grund in seiner wechselrechtlichen Stellung als Domiziliat; denn diese weist ihn darauf hin, für den Bezogenen zu zahlen, und begründet daher, auch wenn er zugleich Indossant ist, die Vermuthung, daß er auch wirklich für den Bezogenen zahle. Dies gilt aber nicht ohne Weiteres auch für den hier vorliegenden Fall, daß die Einlösung des Wechsels vor Verfall erfolgt. Zwar soll der Domiziliat, wie gesagt, die Wechselzahlung für den Bezogenen leisten, aber doch nur so, wie es der Wechsel vorschreibt, also erst bei Verfall. Seine Funktion beginnt mithin erst mit diesem letzteren Zeitpunkte. Deßhalb ist auch bei Wechselakten, welche früher nach Befinden nothwendig

werden (Präsentation zur Sicht, Präsentation zur Annahme, Präsentation mit dem Verlangen der Sicherheitsleistung bei Unsicherheit des Acceptanten u. s. w.) auf seine Person keine Rücksicht zu nehmen. Hierdurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Domiziliat trotzdem für den Acceptanten und in der Absicht, dessen Wechselverpflichtung zu tilgen, auch schon vor Verfall des Wechsels zahlen kann, dafern der Wechselinhaber diese vorzeitige Zahlung annimmt. Aber jedenfalls ist hier nicht eine solche Absicht zu vermuthen. Es ließe sich im Gegentheile fragen, ob nicht mit Rücksicht auf das soeben über die Stellung des Domiziliaten Bemerkte und im Hinblicke darauf, daß die Zahlungsverpflichtung des Acceptanten noch gar nicht fällig ist, die Vermuthung dafür spreche, daß der Domiziliat, welcher zugleich Indossant ist, nur in dieser letzteren Eigenschaft zahle. Diese Frage braucht indessen nicht prinzipiell beantwortet zu werden; denn daß der Beklagte seine dahin gehende Absicht bei der Einlösung des Wechsels am 3. Oktober 1894 gegenüber seiner Indossatarin (der Chemnitzer Filiale der Sächsischen Bank) in unzweideutiger Weise zu erkennen habe, kann nach den Aussagen der Zeugen St. und H. nicht bezweifelt werden. Denn hieraus ergiebt sich klar, daß es sich bei der Rückzahlung des Betrages, welchen die Beklagte von ihrer Indossatarin bei der Diskontirung des Wechsels als Valuta erhalten hatte, und bei der dagegen erfolgten Rückgabe des Wechsels lediglich um die Stornirung des Begebungsvertrages, also um die Wiederaufhebung des durch den letzteren zwischen der Beklagten und ihrer Indossatarin begründeten wechselrechtlichen Verhältnisses gehandelt hat, daß dagegen weder an der wechselrechtlichen Stellung des Acceptanten B. noch an dem Rechte der Beklagten aus dem Giro W.'s Etwas hat geändert werden sollen.

Hiernach ist die Behauptung des Klägers, daß er eine Nichtschuld an die Beklagte entrichtet habe, in Betreff des streitigen Wechsels widerlegt.

Stillschweigen auf einen Vertragsantrag; Handelsbrauch, nach welchem der Empfänger des Antrags zur Antwort verpflichtet ist (Art. 323 des H.G.B.'s, § 118 des G.B.G.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 18. Mai 1896. O. I. 27/96.

Die Klägerin behauptet den Abschluß eines Vertrages mit dem Beklagten, wonach dieser 1500 Dutzend Makofrauenstrümpfe für je 1 ℳ 70 ₰. herzustellen übernommen habe, und fordert 453 ℳ 20 ₰. mit Zinsen zu 6 % seit dem 5. März 1895 als Ersatz des Schadens, den sie in Folge der verweigerten Vertragserfüllung des Beklagten erlitten habe; sie folgert den Vertragsabschluß daraus, daß Beklagter auf ihren Brief vom 31. August 1894, durch den sie ihm den Auftrag ertheilt, nicht geantwortet, also stillschweigend den Auftrag angenommen habe.

Das Nähere ergiebt sich aus den Gründen des zweitinstanzlichen Urtheils:

Für ihre Behauptung, daß der streitige Vertrag thatsächlich durch die Unterlassung einer Ablehnung ihres Auftrags zum Abschluß gekommen sei, steht

der Klägerin Art. 323 des H.G.B.'s nicht zur Seite. Darnach ist ein Kaufmann, welchem ein Auftrag ertheilt wird, wenn zwischen ihm und dem Auftraggeber eine Geschäftsverbindung besteht oder er sich letzterem gegenüber zur Ausrichtung solcher Aufträge erboten hat, ohne Zögern zu einer Antwort verpflichtet, widrigenfalls sein Schweigen als Uebernahme des Auftrages gilt. Jene Bestimmung setzt also einen Auftrag in der juristischen Bedeutung dieses Begriffes voraus und kann nicht von Vertragsanerbietungen im Allgemeinen verstanden werden, die das Gesetz in Art. 297 als „Anträge" zu ihm in begrifflichen Gegensatz stellt und hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen in Art. 318 bis 322 nach anderen Grundsätzen behandelt,

vergl. Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s Bd. 5 S. 170, Bd. 7 S. 338. Wengler's Archiv N. F. Bd. 11 S. 138.

Nun ist zwar im Schriftstücke vom 31. August ausdrücklich von einem Auftrag die Rede. Für die rechtliche Beurtheilung seines Inhaltes ist jene Bezeichnung aber nicht maßgebend. Sie wird im kaufmännischen Verkehr häufig auch da gebraucht, wo nur ein Antrag zum Vertragsabschluß gemeint ist und ist auch hier so zu verstehen, da die Absicht der Parteien nach der hierfür maßgebenden ganzen Sachlage offensichtlich nicht auf eine Geschäftsführung für die Klägerin, sondern auf die Uebernahme einer Werkverdingung seiten des Beklagten gerichtet gewesen ist. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob aus den dafür vorgebrachten Thatsachen eine Geschäftsverbindung zwischen den Parteien im Sinne jener Vorschrift gefolgert werden kann, die ein solches durch ihre gegenseitigen geschäftlichen Beziehungen begründetes thatsächliches Verhältniß voraussetzt, welches den Mandanten berechtigt, nach den Anschauungen des kaufmännischen Verkehrs die Annahme des Mandats erwarten zu können.

Ein bloßes Vertragsangebot, als welches sich demnach der Inhalt des Briefes rechtlich darstellt, würde den Beklagten an sich nicht zur Antwort verpflichten, um die Rechtswirkung einer thatsächlichen Annahme desselben auszuschließen. Wohl aber ist dieß bei dem Bestehen des von der Klägerin für den Wohnsitz der Parteien*) und für Geschäfte der hier fraglichen Art behaupteten allgemeinen Handelsbrauches der Fall, nach welchem die von einem Kaufmann den Fabrikanten oder Faktoren übersendeten schriftlichen Aufträge zur Anfertigung von Waaren von dem Empfänger innerhalb 4 Tagen zurückgesendet werden müssen, wenn die Uebernahme abgelehnt werden soll, und das Unterlassen dieser Ablehnung als Uebernahme des Auftrags gilt.

Das Bestehen dieses Handelsbrauches ist vom Beklagten unter Berufung auf sachverständiges Gutachten bestritten, von der erkennenden Handelskammer aber nach § 118 des G.V.G. auf Grund eigner Sachkunde ohne erkennbaren Irrthum in sachlich unanfechtbarer Weise festgestellt worden, so daß für die Einholung anderweiter Begutachtung keine Veranlassung vorliegt.

*) Anm.: Chemnitz und Burkhardtsdorf bei Chemnitz.

Es kommt daher auf den von der Klägerin, die den Vertragsabschluß behauptet, zu erbringenden Beweis an, daß eine Zurücksendung des schriftlichen Auftrages durch den Beklagten nicht erfolgt ist. Diese von ihr auf Eid gestellte Behauptung enthält die doppelte Verneinung einmal der Zurücksendung des Briefes durch den Beklagten und dann der Empfangnahme des zurückgesendeten Auftrages durch die Klägerin, und ist vom Beklagten in ersterer Hinsicht angenommen, in letzterer zurückgeschoben worden. Nur auf die erstere Thatsache kommt es an. Da dem Beklagten der Brief unstreitig durch die Post zugegangen war, so mußte er es, als dem Willen der Klägerin entsprechend ansehen, wenn er zur Rückäußerung denselben Weg der Beförderung wählte. Ist das aber der Fall, dann hat er mit der Aufgabe des in einem Briefumschlage mit der Adresse der Klägerin verschlossenen Auftrags zur Post zur Weiterbeförderung an die letztere allen Anforderungen genügt, die von ihm hinsichtlich der erforderten Rücksendung billiger Weise verlangt werden können und es muß daher auch die Klägerin diese Thatsache der Aufgabe des Briefes zur Post als Rücksendung des Auftrages gegen sich gelten lassen.

vergl. Annalen des O.L.G.'s, Band 7 S. 540.

Für die Fassung des Eides erscheint es unbedenklich, ihn unter Uebergehung aller sonstigen Möglichkeiten ausschließlich auf den Vorgang zu beschränken, durch welchen allein der Beklagte seinen Willen bekundet zu haben behauptet.*)

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Die in Oesterreich lebende Beklagte hatte gegen ihre in Karlsruhe wohnenden Geschwister laut eines Theilungs- und Auseinandersetzungsvertrages Anspruch auf Befreiung von einer Schuld an ihre Kinder aus ihrer ersten Ehe (Ernährungs- und Erziehungsbeitrag). Wegen einer hiermit in keinerlei Zusammenhang stehenden Wechselschuld wurde sie von einem Dritten bei dem Landgericht Karlsruhe verklagt. Dessen Zuständigkeit wurde auf Grund von § 24 der C.P.O. angenommen und auch vom Reichsgericht bejaht. . . „. . In dieser Hinsicht ist zunächst der Angriff des Vertreters der Beklagten unbegründet, es könne überhaupt ein derartiger Anspruch nicht als ein Vermögensbestandtheil im Sinne des § 24 der C.P.O. betrachtet werden. Auch der Anspruch auf Be-

*) Der dem Beklagten zuerkannte Eid ging dahin, daß er den ihm von der Klägerin zugeschickten vom 31. August 1894 datirten schriftlichen Auftrag auf Herstellung von 1500 Dutzend Makofrauenstrümpfen am 2. September 1894 in einem mit der Adresse der Klägerin versehenen Briefumschlag zur Beförderung an dieselbe zur Post gegeben habe. Für den Fall der Eidesleistung wurde die Klagabweisung, für den Fall der Eidesverweigerung die Verurtheilung des Beklagten nach dem Klagantrage ausgesprochen.

freiung von einer Verbindlichkeit zur Zahlung von Geldbeträgen bildet an sich einen Vermögensbestandtheil, wie schon daraus erhellt, daß der Vermögensstand einer Person als solcher in seinem Betrage dadurch eine Erhöhung erfährt, daß eine gegen dieselbe bestehende Schuld wegfällt. Weiter aber schließt der Inhalt des erwähnten Anspruchs, insbesondere der Umstand, daß hierbei eine Leistung an einen Dritten in Frage steht, nicht seine besondere Charakterisirung als Vermögen im Sinne des § 24 der C.P.O. aus. Denn es ist, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts feststeht (vgl. namentlich Entscheid. d. R.G. in Civils. Bd. 4, S. 408 flg., Bd. 16, S. 391 flg.), zur Unterordnung unter § 24 der C.P.O. nicht erforderlich, daß das Vermögen der Zwangsvollstreckung zugänglich oder zur Befriedigung des klagenden Theiles verwendbar ist. Der Unterordnung eines Anspruchs auf Befreiung von einer Geldschuld der Beklagten an einen Dritten unter Vermögen im Sinne des § 24 der C.P.O. steht auch nicht etwa die, von dem Vertreter der Revision angerufene Betrachtung in dem reichsgerichtlichen Urtheil vom 19. 10. 1889 (Entsch. d. R.G.'s im Civils. Bd. 29 S. 414 flg.) entgegen, es müsse bei der Anwendung des § 24 der C.P.O. die Grenze gezogen werden, daß der im Bezirke des als zuständig in Anspruch genommenen Gerichts sich vorfindende Gegenstand zufolge seiner naturgemäßen Bestimmung als Vermögensbestandtheil erscheine; denn diese Betrachtung wendet sich nur gegen die Annahme, dem Anspruch auf Herausgabe der Handakten eines Anwalts wegen des etwaigen Makulaturwerthes derselben die Eigenschaft eines Vermögensbestandtheiles zu verleihen, berechtigt aber nicht zur Schlußfolgerung, daß der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit zur Zahlung von Geldbeträgen kein Vermögen im Sinne des § 24 der C.P.O. bilde . . ." II 82/97 vom 18. 5. 1897.

2. Nach § 142 der C.P.O. kann das Gericht die Wiedereröffnung der Verhandlung anordnen. Darüber, ob das geschehen soll, hat aber das Gericht lediglich von Amtswegen zu befinden. Das Gesetz giebt den Parteien kein Recht, unter gewissen Voraussetzungen die Wiedereröffnung der Verhandlung zu verlangen oder sie zu beantragen, folglich auch kein Recht darauf, zur Begründung eines solchen Antrages zugelassen und darauf beschieden zu werden. Vielmehr erlischt der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör mit dem Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht. — Im vorliegenden Fall war im Termin vom 23. November 1896 die Verhandlung geschlossen worden. Das Gericht, vor welchem verhandelt worden war, hatte, ohne Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung gefunden zu haben, das Urtheil gefällt, und der Termin vom 30. November war nur zur Verkündung der Entscheidung bestimmt. Es widersprach daher nicht dem Gesetz, daß in diesem Termin das Gericht ohne Berücksichtigung des von der Beklagten gestellten Antrages die Verkündung des Urtheils stattfinden ließ. Einen Anspruch auf Herbeiführung einer Verhandlung und Entscheidung über ihren Antrag vor und von denjenigen Richtern, vor denen am

23. November verhandelt worden war, hatte die Beklagte nicht. R.G. I. Civils. Urth. v. 22. V. 97. I. 20/97.

3. Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß das Landgericht den Anspruch, der erhoben war, aberkannt und anstatt dessen etwas zuerkannt hat, was nicht begehrt worden war. Es handelt sich dabei keineswegs um bloß formale, sondern um sachliche Verschiedenheiten. Eine Verurtheilung zur Rechnungslegung bezüglich der Liquidation der Kommanditgesellschaft hat zur nothwendigen Voraussetzung, daß der Kläger die Liquidation als ihn mit angehend anerkennt, daß er anerkennt, daß für die Auseinandersetzung zwischen ihm und den übrigen Gesellschaftern die Ergebnisse der Liquidation maßgebend seien. Eben diese Anerkennung aber lehnt der Kläger ab, indem er behauptet, daß die Kommanditgesellschaft über den 1. Mai 1895 hinaus fortbestanden habe und noch bestehe und demgemäß in der Klage Feststellung seines Guthabens zur Zeit seines Ausscheidens (30. April 1895) und zu diesem Behufe Inventuraufnahme, Bilanzziehung und Rechnungslegung verlangt. Er will mithin nach der Klage Auseinandersetzung nicht auf Grund der Ergebnisse einer Liquidation, sondern auf Grund der Vermögenslage, in der sich die Gesellschaft am 30. April 1895 befand, und an der Behauptung, daß die Gesellschaft noch bestehe, hat er auch noch in der Berufungsinstanz festgehalten. — Mit Recht hat daher das Berufungsgericht die vom Landgericht ausgesprochene Verurtheilung als gegen den § 279 der C.P.O. verstoßend beseitigt, und mit Recht auch insoweit das landgerichtliche Urtheil bestehen lassen, als es auf Klagabweisung lautet, weil Kläger das Urtheil nicht angefochten hatte. Die Revisionsrüge, daß der § 501 der C.P.O. verletzt sei, ist unbegründet. Es ist richtig, daß der Verstoß gegen § 279 der C.P.O. ein Mangel des Verfahrens war, nämlich ein Mangel des Urtheilsverfahrens. Es ist auch zuzugeben, daß die in § 501 dem Berufungsgericht gegebene Befugniß unter Umständen Pflicht sein kann. Dieß ist aber nur dann der Fall, wenn die Prozeßlage so ist, daß das Berufungsgericht in der Sache nicht entscheiden kann. Davon konnte hier aber nicht die Rede sein. Den in der Klage wirklich erhobenen Anspruch hatte das Landgericht bereits für unbegründet erklärt und eine Nachprüfung dieser Entscheidung durch das Berufungsgericht konnte der Kläger dadurch herbeiführen, daß er sich der Berufung anschloß. Dies hat er aber nicht gethan. I 429/96 vom 7. 4. 97.

4. Das Berufungsgericht hat den schriftlichen Antrag des Beklagten, dem Gegner eine Frist zur Angabe der Wohnung des Zeugen D. zu setzen, dessen Vernehmung vom Gericht beschlossen ist, aber wegen Unkenntniß seiner Wohnung bisher nicht erfolgen konnte, deshalb abgelehnt, weil die Bestimmung einer Frist nach § 321 der C.P.O. nur auf Grund mündlicher Verhandlung zulässig sei. Die dagegen eingewendete Beschwerde ist zwar zulässig ... aber nicht begründet. Der § 321 der C.P.O. enthält keine Ausnahme von § 119 der C.P.O. Die Beschwerde macht im Anschlusse an v. Wilmowski-Levy (C.P.O., VII. Aufl. zu

§ 321) zwar geltend, daß die Fristbestimmung nur prozeßleitenden Charakters sei. Es braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, ob die Fristbestimmung wirklich nur diesen Charakter hat. Denn für die im Prozeß ergehenden gerichtlichen Entscheidungen zwischen den Parteien ist im Allgemeinen an dem Grundsatze des § 119 der C.P.O. festzuhalten, wo die C.P.O. nicht das Erforderniß der mündlichen Verhandlung im besonderen Falle ausschließt (wie beispielsweise §§ 187, 203, 225, 304, 451). Vgl. Planck, Civilprozeßrecht I S. 177, 178. Von den Kommentatoren sprechen sich dann auch Seuffert, Gaupp, Reincke, A. Förster zu § 321 für das Erforderniß der mündlichen Verhandlung aus. Der in der neuesten Auflage des Kommentars von v. Wilmowski-Levy im Widerspruche mit früheren Auflagen (VI) vorgetragenen abweichenden Ansicht kann daher nicht beigetreten werden. Bs. VI 82/97 vom 12. 4. 1897.

5. Die Feststellungen des Berufungsgerichts beruhen aber, woran nicht zu zweifeln ist, wesentlich mit auf der Verwerthung der Aussagen des in erster Instanz als Zeugen vernommenen v. L., d. h. des Inhalts des darüber aufgenommenen Protokolls. Nach demselben hat v. L., nachdem er zur Sache Aussagen gemacht hatte und diese verlesen waren, erklärt, „er sehe ein, daß er sich bei seinem Bevollmächtigten G. genauer über das Thema informiren müsse; er wolle deshalb die heutige Verhandlung nicht genehmigen, sondern sich noch einmal bei seinem Bevollmächtigten über alle Einzelheiten erkundigen, er denke, daß er binnen Monatsfrist genügend informirt sein werde, um über das Beweisthema genügende Auskunft zu geben." Damit schließt das Protokoll. v. L. wurde nicht nochmals vernommen. Das Berufungsgericht erwägt nun, als gerichtliches Zeugniß sei dieses Protokoll nicht anzusehen, obwohl v. L. als Zeuge vernommen werden *sollte* und auch den Zeugeneid geleistet hat, weil er schließlich das Protokoll nicht genehmigt habe. Da er als Grund der Nichtgenehmigung nicht etwa unrichtige Protokollirung seiner Aussagen, sondern nur die Nothwendigkeit der Informationseinziehung angegeben habe, und das Protokoll als gerichtliche Urkunde immerhin als zulässiges Beweismaterial benutzt werden dürfe, so stehe der Heranziehung des Inhalts desselben für die Entscheidung kein Bedenken entgegen. Darauf folgt die Würdigung der Angaben dieses Protokolls. Hiernach benutzt das Berufungsgericht das *gerichtliche Protokoll* im Wege des Beweises durch Urkunden (C.P.O. § 380 flg.) als Beweismittel. Es mag sein, daß eine Partei unter Umständen sich auf ein in demselben Rechtsstreit aufgenommenes Zeugenvernehmungs-Protokoll im Wege des Urkundenbeweises beruhen darf; dies setzt aber voraus, daß die Partei diesen Urkundenbeweis angetreten hat (§§ 385 flg.). An dieser Voraussetzung fehlt es hier; v. L. wurde als Zeuge benannt und nach dem Beweisbeschluß des Gerichts erster Instanz als Zeuge vernommen. Keine Partei hat in der Folge die Heranziehung und Benutzung des Protokolls lediglich als Urkunde beantragt. Die Benutzung und Würdigung des Protokolls als Urkunde (§§ 380 flg.) durch das Berufungsgericht war demnach prozessualisch unstatthaft

und es ist hierdurch auch dem Kläger die Möglichkeit genommen worden, seine sachlichen Einwendungen gegen die in dem Protokolle niedergelegten Aussagen des v. L. vorzubringen oder dessen nochmalige Vernehmung, vielleicht unter Angabe bestimmter Thatsachen, zu beantragen . ." Aufgehoben, zurückverwiesen. VI 422/96 vom 14. 4. 1897.

6. Auch die weitere Rüge der Revision ist unbeachtlich. Es handelt sich dabei um die Würdigung des Vorbringens der Klägerin, daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten, Rechtsanwalt F., welcher dieserhalb als Zeuge benannt ist, zu der Zeit, als von ihm der Auftrag zur Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner gegeben worden, bereits gewußt habe, daß bei diesem mehrfach Wechsel protestirt, sowie daß Klagen gegen ihn anhängig und Pfändungen erfolgt seien. Durchaus beizutreten ist den Ausführungen des angefochtenen Erkenntnisses, wonach, wenn diese Umstände gegen einen Kaufmann vorliegen, daraus noch nicht zu folgern ist, daß dieser seine Zahlungen eingestellt habe, und wonach fernerhin sich dann auch aus der Kenntniß jener Momente noch nicht ergiebt, daß derjenige der diese Kenntniß besitzt, nothwendig daraus auf das Vorliegen der Zahlungseinstellung im gesetzlichen Sinne bei der betreffenden Persönlichkeit schließen müsse. Die Revision geht fehl wenn sie annimmt, daß letzteres jedenfalls dann unrichtig sei, falls wie hier derjenige, dem jene Kenntniß beiwohnt, ein Rechtsverständiger sei. Auch ein solcher kann aus den allein in Frage stehenden Momenten, welche an sich nicht im Stande sind, etwas weiteres als eine Zahlungsstockung anzuzeigen, nicht zu der Folgerung gelangen, daß eine Zahlungseinstellung vorliege . ." VI 377/96 vom 5. 4. 97.

7. Wäre die Klage mit der Bezeichnung erhoben „wider die Firma J. Hirschhorn" oder „wider die unter der Firma J. Hirschhorn bestehende Handlung", so würde sie als gegen denjenigen erhoben zu gelten haben, der zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der Firma J. Hirschhorn war, also, da jetzt feststeht, daß dies eine offene Handelsgesellschaft war, wider diese offene Handelsgesellschaft. Das würde für und gegen den Kläger gelten, auch wenn der Kläger nicht wußte, daß Firmeninhaber eine offene Handelsgesellschaft war, sondern glaubte, der Firmeninhaber sei ein Einzelkaufmann. Es käme dann der Grundsatz zur Geltung: plus est in re, quam in existimatione. Als beklagt könnte in diesem Falle also nicht gelten die Person des J. Hirschhorn; für sich vielmehr würde der Prozeß nur insoweit seine Wirkung gegen diese geäußert haben, als dies bei einer wider die offene Handelsgesellschaft gerichteten Klage bezüglich der Personen ihrer Theilhaber nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts gilt. So hat aber der Kläger seine Klage nicht erhoben.*) Die Bezeichnung, die er gemacht hat, konnte nicht zugleich bezeichnen die Person des Jacob Hirschhorn und eine unter der Firma J. Hirschhorn bestehende offene Handelsgesellschaft . . . Demnach ist anzunehmen, daß mit dem „Herrn Hirschhorn" bezeichnet ist, was nach dem gemeinen Sprach-

*) Geklagt war wider „den Herrn Hirschhorn" Xstraße Nr. 149 zu Y.

gebrauch unter dieser Bezeichnung verstanden wird, eine physische Person, hier die des Fabrikanten Jacob Hirschhorn. Damit ist ausgeschlossen, daß eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma J. Hirschhorn als verklagt zu gelten hat. I 425/96 vom 7. 4. 1897.

8. Wenn die Konkurrenz-Klausel des vorliegenden Vertrages, insoweit sie sich auf die Eröffnung eines Bierverlages bezieht, auch eine ausdrückliche örtliche Beschränkung nicht enthält, so unterliegt es doch keinem Bedenken, sie nach der Absicht, die die Parteien mit ihrer Satzung verständiger Weise verknüpft haben müssen, auf Berlin zu beschränken. Bei der lediglich auf den örtlichen Absatz gerichteten Natur des Bierverlag-Geschäfts kann füglich kein Zweifel darüber bestehen, daß die Errichtung eines gleichen Geschäfts in einer andern Stadt, weil dadurch dem Kläger schlechterdings keine Konkurrenz bereitet werden konnte, gänzlich außerhalb des Gesichtskreises der vertragschließenden Theile lag. Und der weitere Umstand, daß für die Errichtung einer Destillation die Klausel noch in engerer Weise auf die dem Geschäfte zunächst benachbarten Straßen eingeschränkt ist, stellt es noch mehr ans Licht, daß den Parteien eine über das reale Interesse beider Theile — des Klägers als Erwerbers und des Beklagten als Verkäufers des Geschäfts — hinausgehende Einengung der Erwerbsfreiheit des Beklagten fern lag. Wenn daher in früheren Entscheidungen des Reichsgerichts (vergl. u. a. Entsch. Bd. 31 S. 18) ausgesprochen ist, daß ein ohne örtliche oder zeitliche Grenze gewolltes Versprechen der Konkurrenzenthaltung nichtig sei und nicht durch Anwendung des richterlichen Ermessens so beschränkt werden dürfe, wie es etwa gültig habe geschlossen werden können, so liegt dieser Fall hier nicht vor. Hier haben die Parteien eine örtliche Beschränkung gewollt und es nur unterlassen, ihr durch besondere Worte Ausdruck zu geben, weil sie sie für selbstverständlich hielten. Die Gültigkeit des Verbots und des mit ihm verknüpften Strafgedinges kann daher nicht mit Erfolg in Frage gestellt werden. R.G. I. Civils. Urth. v. 15. V. 97. I. 10/97.

9. Wenn über ein Handelsgeschäft eine Urkunde aufgesetzt und vollzogen worden ist, die ihrem Wortlaute nach über das, was nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragschließenden vereinbart werden sollte, hinausgeht oder sonst davon abweicht, so ist derjenige, welcher bei einer an den Wortlaut sich haltenden Auslegung der Urkunde benachtheiligt werden würde, berechtigt, eine Abänderung des Textes im Sinne der wirklich getroffenen Abrede oder den Umtausch der mangelhaft gefaßten Urkunde gegen eine neue richtiger gefaßte zu verlangen. R.G. I. Civils. Urth. v. 19. V. 97. I. 19/97.

10. Dem Inhaber eines eingetragenen Musters steht, wie aus einer Vergleichung der §§ 4 und 6 des Gebrauchsmuster-Schutzgesetzes klar hervorgeht, das Recht auf Löschung eines später angemeldeten Musters lediglich aus dem Grunde, daß es mit dem für ihn eingetragenen ganz oder zum Theil übereinstimme und deshalb in sein Recht eingreife, überhaupt nicht zu. Er kann vielmehr nach § 4

Abs. 2 nur verlangen, daß der Inhaber des später angemeldeten Musters ohne seine Erlaubniß von dem später erlangten Rechte keinen Gebrauch machen. R.G. I. Civilſ. Urth. v. 8. V. 97. I. 1/97.

Literatur.

Besprechungen.

H. Tränkner, Oberlandesgerichtsrath, und Dr. Fr. Wulfert, Landgerichtsdirektor, **Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich** vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze. Handausgabe zum praktischen Gebrauch insbesondere in Sachsen ꝛc. Leipzig, Roßberg'sche Hof-Buchhandlung 1897, (1118 Seiten). Broch. 10 *M*, in Halbfranz gebdn. 12 *M*.

In der Einleitung, die unter I in Kürze die Entstehungsgeschichte, unter II eine allgemeine Darstellung des Gegenstandes und Inhalts des Gesetzbuchs giebt, legen die Verfasser unter III Zweck und Anlage des Werkes dar. Es soll kein Kommentar sein, sondern dem Praktiker, namentlich dem sächsischen Juristen, die Einarbeitung in das Gesetzbuch erleichtern, das Verständniß und die richtige Auslegung fördern. Die Verfasser weisen mit vollem Recht sehr eindringlich darauf hin, daß beides keine leichte Aufgabe. In der That darf Niemand sich darüber täuschen, daß das neue Gesetzbuch weder ein klares, noch ein einfaches Recht geschaffen hat. Das nicht genug zu schätzende Gut der Einheit auf einem Theil des Gebietes des Privatrechts wird theuer erkauft werden müssen. Deutschland wird nach wie vor das Land der Prozesse bleiben und an Stelle der beseitigten kleinen Kontroversen des gemeinen, preußischen und französischen Rechts wird eine Fluth großer und kleiner Kontroversen treten. Das monströse Einführungsgesetz, das Gesetzbuch selbst, sind eine Fundgrube solcher Kontroversen. Einen Vorgeschmack dessen giebt der schon jetzt entstandene Streit darüber, ob nach dem B.G.B. die Ehefrau, das eheliche Kind, das Adoptivkind den adligen Geburts- und Familiennamen des Mannes bez. des Vaters erhalten. Nach den Bemerkungen des Vorsitzenden der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs in Gruchot's Beiträgen bei Gelegenheit der Besprechung von Fischer-Henle's Handausgabe und Achilles Textausgabe hat nicht einmal diese Frage ihre Entscheidung gefunden; es wird allen Ernstes (trotz der in der Kommission und seitens des Vertreters eines Bundesstaates geäußerten abweichenden Ansicht) vorgetragen, daß die Frage des Erwerbsadligen Geburts- und Familiennamens durch Ehe, Geburt, Adoption, keine Frage des Privatrechts, sondern des öffentlichen Rechts sei, und deshalb der Landesgesetzgebung anheimfalle. Ist der adlige Geburts- und Familienname nicht Familienname im Sinne des B.G.B., so bleibt es natürlich trotz § 1706 Abs. 1 auch bei den Landesgesetzen, die dem Makel der unehelichen Geburt noch den Makel hinzufügen, daß das Kind nicht den vollen Namen der Mutter führt, alles dies trotz der Versicherung der Motive, daß dem B.G.B. das Prinzip der Rechtsgleichheit und der Rechtsgemeinsamkeit zu Grunde liegen und die Ungleichheit in der Lebensstellung der Person nie zu einer Behandlung vor dem Gesetze führen solle, die als Bevorzugung eines Standes oder einer Personenklasse sich darstelle (I S. 25).

Wissenschaft und Praxis sind kaum je vor eine größere Aufgabe gestellt, als diesem Gesetzbuch gegenüber. Die vorliegende Handausgabe dient dieser Aufgabe in dem Umfange, den die Herausgeber sich selbst gezogen, Frucht eines überaus fleißigen, gründlichen und ernsten Arbeit. Sie verwerthet für ihren Zweck die Gesetzesmaterialien, an erster Stelle die Motive, sodann namentlich die Denkschrift des Bundesraths, mit der die Vorlage an den Reichstag

gebracht, die im Sächs. Archiv veröffentlichten Berichte Grützmanns, die Arbeit Arons in Bd. 6 S. 172 des Archivs, und die Reatz'sche Gegenüberstellung der ersten und zweiten Lesung. Die Gefahr, welche die Benutzung der Motive eines Entwurfs enthält, der wesentlich anders geartet ist, als das Gesetz, ist durch weise Beschränkung beseitigt. Bei jedem Paragraph des Gesetzestextes ist in Klammern auf die entsprechenden Stellen der drei Entwürfe verwiesen, unter dem Gesetztext auf die Materialien, namentlich auch auf die der Denkschrift beigefügten Vorschläge zu Abänderungen und Ergänzungen der C.P.O. und der K.O., und auf den inzwischen durch das Gesetz selbst ersetzten Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.

Besonders werthvoll sind die dem Gesetzestext beigefügten Parallelstellen aus dem Gesetze, dem Einführungsgesetze und dem Sächsischen B.G.B. Dieser Theil der Arbeit war mühsam und ist ebenso nützlich wie dankenswerth. Er ermöglicht bei ernstem Studium des Werkes eine zusammenhängende Kenntniß des Gesetzes und für den Sächsischen Juristen zugleich die Vergleichung mit dem früheren Recht und die Erkenntniß des Zusammenhangs des alten und des neuen Rechts, ohne welche eine gründliche Kenntniß des neuen Rechts nicht möglich ist. Kurze erläuternde Bemerkungen zu den einzelnen Paragraphen und zu einzelnen Abschnitten erleichtern das Verständniß und die Einsicht in die Tragweite der Vorschrift und den systematischen Zusammenhang. Wir verweisen z. B. auf den § 18 des Gesetzes. Zu demselben ist auf die Art. 158–162 des Einf.-Ges., den § 836° der Novelle zur C.P.O., die §§ 43, 44 des Sächs. B.G.B., und für die Wirkungen der Todeserklärung und die Folgen der Rückkehr des Verschollenen nach der Todeserklärung auf die §§ 1348–1352, 1420, 1425, 1494, 1544, 1547, 1679, 1684, 2031, 2370 des Gesetzes verwiesen, auf die deklarative Natur des Todeserklärungsurtheils und die Zulässigkeit des Gegenbeweises gegen die durch die Todeserklärung begründete Vermuthung aufmerksam gemacht.

Alles in Allem ist das Werk als eine musterhafte Arbeit zu bezeichnen. Es wird in gleicher Weise dem Studium wie der Praxis dienen und den Zweck, den es anstrebt, voll erreichen. Beigefügt ist ein Verzeichniß der Stellen, an denen die Paragraphen des Sächs. B.G.B.'s in dem Motiven zum Entw. I, in der Denkschrift und in dem Werke selbst angezogen sind, und ein vollständiges und sehr geschickt gearbeitetes Sachregister, an dem namentlich zu rühmen ist, daß es auch die dem Juristen geläufigen, dem B.G.B. fremden lateinischen Schlagwörter enthält, (z. B. depositum irregulare, cautela Socini, clausula rebus sic stantibus, constitutum possessorium), die man in den Registern der sonstigen Hand- und Textausgaben vermißt. Den Berichtigungen ist hinzuzufügen, daß das zu Art. 86 Einf.-Ges. citirte Preuß.-Gesetz vom 23. Februar 1870 (nicht 1880) datirt.

Reichsgerichtsrath Dr. Rehbein.

Die Stiftung nach dem B.G.B. Vortrag des Herrn Geh. Hofrath Prof. Dr. Hölder in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig.*)

Die Stiftung gehört zur Gattung der juristischen Personen, ebenso wie die universitas personarum, der Staat und andre Gemeinwesen. Wie bei diesen aber eine Persönlichkeit, ein menschliches Individuum nur fingirt wird, so kommen wir bei der Stiftung ohne eine solche Fiction erst recht nicht aus, wo eine reale Verbandsperson gar nicht existirt. Es ist Vermögen vorhanden, das niemandem gehört, das aber so behandelt wird, als wenn es einer Persönlichkeit gehörte. Das B.G.B. giebt keine Definition der juristischen Person, zählt auch

*) Bei der hervorragenden Bedeutung der meisten der in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig gehaltenen Vorträge glauben wir im Interesse unserer Leser zu handeln, wenn wir in Fällen, wo der Herr Vortragende nicht selbst die Drucklegung unternimmt, wenigstens einen kurzen Bericht über den Vortrag selbst und nach Befinden über die sich daran anschließende Debatte bringen. Unser geschätzter Mitarbeiter, Herr Landrichter Dr. Lobe, hat die Güte gehabt, diese Referate zu übernehmen. Die Red.

die verschiedenen Arten der juristischen Personen nicht erschöpfend auf. Insbesondere ist ihm im Gegensatz zum ersten Entwurf die Einteilung in personarum und bonorum universitates fremd. Dieser erste Entwurf ließ die landesgesetzlichen Bestimmungen über den Fiskus bestehen, sodaß dann z. B. der Reichsfiskus keine reichsrechtliche Existenz gehabt hätte. —

Zur Entstehung der Stiftung bedarf es der staatlichen Genehmigung, abweichend vom 1. Entwurf. Das ist nur zu billigen, denn die Stiftung ist ein Rechtsgeschäft eigener Art: durch sie soll Vermögen seiner grundsätzlichen Bestimmung entfrembet und für einen bestimmten Zweck festgelegt, für die Zukunft dienstbar gemacht werden. Das aber kann nicht für jeden beliebigen Zweck, sondern nur für den, der es besonders verdient, zugestanden werden. Eine abstrakte Bestimmung solcher Zwecke ist aber unmöglich, deshalb muß von Fall zu Fall geprüft werden. Die staatliche Genehmigung ist Bedingung für die Entstehung der Stiftung, die erfolgt durch das Stiftungsgeschäft.

Ueber den Inhalt des Stiftungsgeschäfts sagt das B.G.B. nichts, er ist aber gegeben durch den Begriff der Stiftung. Die Stiftung ist die Begründung einer eigenen juristischen Persönlichkeit mit der Bezeichnung eines bestimmten Zweckes und der Schaffung der Möglichkeit, daß Vermögen als eigenes und besonderes existiren und dem bestimmten Zwecke dienen kann. Hier entsteht die Frage, ob schon vom Stifter überhaupt der Stiftung Vermögen zugewendet werden muß? § 82 trifft hierüber keine Bestimmung, sondern spricht nur von dem Fall, daß die Stiftung Vermögen hat. Die bloße Bezeichnung eines bestimmten Zwecks reicht natürlich nicht aus, um eine Stiftung entstehen zu lassen. Es wird vielmehr erforderlich sein, daß der Stifter sich darüber erklärt, wie zur Erreichung des gewollten Zweckes die nothwendigen Mittel beschafft werden sollen. Aber es ist wohl möglich, daß auch auf andere Weise als durch unmittelbare Zuwendung von Vermögen dafür gesorgt werde. So z. B. bei der Stiftung für einen wohlthätigen Zweck durch die Bestimmung, daß jährlich Kollekten stattfinden sollen, oder Schaustellungen u. s. w. Hiermit weist der Stifter der Stiftung Einnahmequellen zu, ohne sofort eigenes Vermögen der Stiftung zu gewähren. Wenn das nicht zulässig wäre, müßte dann auch eine bestimmte Höhe des Vermögens erfordert werden

Die Vollziehung des Stiftungsgeschäfts unter Lebenden erfordert eine bestimmte Form. Die Stiftung von Todeswegen ist hiervon sowohl nach Inhalt als Form zu unterscheiden. Während der 1. und 2. Entwurf gerichtliche oder notarielle Form verlangte, ist auf Antrag des Reichstags nur noch schriftliche Form schlechthin erforderlich. Damit aber, daß die Stiftungserklärung blos zu Papier gebracht und noch nicht abgesendet worden ist, ist das Stiftungsgeschäft noch nicht vollzogen worden. Also kann man aus der schriftlichen Form allein noch nicht ersehen, ob das Rechtsgeschäft vollzogen ist. Deshalb war das Erforderniß der Erklärung vor Gericht oder Notar vorzuziehen. Vollzogen wird vielmehr das Stiftungsgeschäft erst durch die Erklärung an die Behörde, sie solle zu dem Stiftungsgeschäft ihre Genehmigung ertheilen. Ohne solches Nachsuchen durch den Stifter um Genehmigung kann die Behörde überhaupt nicht thätig werden.

Auch nach erfolgtem Nachsuchen um Genehmigung kann der Stifter, sofern die Genehmigung noch nicht ertheilt ist, die Stiftungserklärung widerrufen. In welcher Form dieser Widerruf erfolgen soll, ist nicht gesagt. Eines Widerrufs bedarf es überhaupt nicht, wenn der Stifter der Behörde die Ermächtigung zur Genehmigung noch gar nicht ertheilt, um diese Genehmigung noch gar nicht nachgesucht hat. Denn bis dahin ist das Stiftungsgeschäft überhaupt noch nicht vollzogen. Ist es aber durch diese Ermächtigung an die Behörde vollzogen worden, so muß auch der Widerruf dieser Behörde gegenüber erklärt werden.

Die Stiftungserklärung kann ohne jeden Grund willkürlich widerrufen werden, auch wenn der Stifter bei der Errichtung den Willen kund gegeben hatte, daß sie unwiderruflich

sein solle. Auch wenn sich mehrere zusammengethan haben, um gemeinsam eine Stiftung zu errichten, kann demungeachtet der Einzelne einseitig zurücktreten und seinerseits die Stiftung widerrufen.

Hinsichtlich des Widerrufs durch den Erben gilt Folgendes:

Hat der Erbe die Stiftungsurkunde in den Papieren des Erblassers gefunden, so bedarf es zunächst überhaupt keines Widerrufs, sofern die Behörde noch nicht um ihre Genehmigung ersucht worden ist. Dagegen kann der Erbe nun seinerseits um die Genehmigung nachsuchen. Hiermit trifft er dann eigentlich erst die Entscheidung, die der Erblasser, der Stifter, noch nicht getroffen hatte.

Hat der Erblasser bereits um die Genehmigung bei der Behörde nachgesucht, so kann der Erbe nur dann noch widerrufen, wenn sein Widerruf spätestens zugleich mit dem Gesuch des Erblassers um Genehmigung der Behörde zugeht.

Ausgeschlossen ist der Widerruf durch den Erben nur im Falle von § 81. Eigentümlicher Weise ist dieselbe Wirkung der Betrauung einer andern Person, als eines Notars oder des Gerichts, nicht zugewiesen.

Ueber die Frage, ob der Vormund eines geisteskrank gewordenen Stifters die Stiftungserklärung widerrufen kann — falls ein Widerruf überhaupt noch möglich ist — sagt das GB. nichts. —

Die Stiftung besteht in der Zuwendung einer Forderung gegen den Stifter. Der Stifter wird schuldig, die Stiftungssachen zu beschaffen. Dies bleibt er auch, wenn er etwa noch vor der Genehmigung durch die Behörde die Stiftungssachen veräußert hätte. Diese Veräußerung kann nicht als ein durch concludente Handlung erklärter Widerruf angesehen werden. Der Stifter hätte dann die Stiftung der Behörde gegenüber widerrufen müssen durfte aber nicht in Widerspruch mit der Stiftung handeln.

In § 84 wird die Frage entschieden, ob die Stiftung, die erst letztwillig begründet wird, zum Erben eingesetzt werden kann. Sie wird hierbei wie ein nasciturus angesehen.

In § 85 und § 86 schlägt der Gesetzgeber die Stiftung und Vereine über einen Leisten und spricht, wie jedenfalls bisher nicht üblich war, auch bei der Stiftung statt von der Verwaltung von der Verfassung.

§ 87 behandelt die Aufhebung der Stiftung. Der Wegfall des Zwecks der Stiftung bewirkt nicht ipso iure Aufhebung der Stiftung, sondern giebt nur einen Grund dafür, daß die Aufhebung durch die Behörde erfolgen kann. Indem das Gesetz aber auch der Behörde die Umwandlung der Stiftung in eine andere gestattet und dabei nur instructionell vorschreibt, daß die Absicht des Stifters thunlichst zu berücksichtigen sei, giebt es der Behörde eine weite Vollmacht und es kann unter Umständen dadurch verhindert werden, daß die Vorschrift in § 88 Anwendung leidet und das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen gelangt. —

Bei der nachfolgenden Debatte war man sich darüber einig, daß die Frage, ob eine Umwandlung der Stiftung nach § 87 vorzunehmen sei, öffentlichen Rechtens und in das Ermessen der hierzu berechtigten Behörde gestellt, der richterlichen Nachprüfung also entzogen sei.

Umstritten wurde dagegen die Frage, ob das Stiftungsgeschäft nicht thatsächlich schon mit der bloßen Niederschrift, der Anfertigung der Stiftungsurkunde perfekt geworden sei, oder ob nicht wenigstens jedwelche Kundgebung des Stiftungswillens nach außen genüge, ohne daß es der Nachsuchung der behördlichen Genehmigung bedürfe, ferner, ob und wann der Vormund widerrufen könne. Hierbei wurde namentlich darauf hingewiesen, daß oft die Errichtung einer Stiftung der ausschlaggebende Beweis einer Verschwendungssucht sei und dann nur deshalb die Entmündigung erfolge, um die Stiftungserklärung widerrufen zu können.

Landrichter Dr. Lobe in Leipzig.

Abhandlungen.

Wird unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs für d. D. R. die Prozeßvollmacht zur Vornahme und Entgegennahme der Aufrechnung und anderer einseitiger Willenserklärungen, die dem anderen Theile gegenüber abzugeben sind, ermächtigen? Bedarf diese Frage der Regelung in der Civilprozeßordnung?

Vom Reichsgerichtsrath Förtsch in Leipzig.

Daß die Prozeßvollmacht zur Vorbringung der Einrede der Kompensation ermächtigt, ist bisher bei den Gerichten des gemeinen, preußischen und französischen Rechtsgebiets nicht bezweifelt worden, denn das Vorbringen von Einreden ist eine Prozeßhandlung im Sinne der §§ 77 flg. der C.P.O. und die Kompensationseinrede ist eine wirkliche Einrede. Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird es aber eine Einrede der Kompensation im bisherigen Sinne nicht mehr geben, der beklagte Schuldner, welcher zugleich Gläubiger des Klägers ist, wird nur die Einrede haben, daß er aufgerechnet habe. Das Vorbringen dieser letzteren Einrede ist nun zwar auch eine Prozeßhandlung im Sinne der genannten Paragraphen, und der Prozeßbevollmächtigte wird darum selbstverständlich zum Vorbringen dieser Einrede ermächtigt sein, es entsteht aber die Frage, ob der Prozeßbevollmächtigte auch ermächtigt sein wird, die Aufrechnung selbst vorzunehmen, d. h. jene Einrede zur Entstehung zu bringen, und weiter, ob der gegnerische Anwalt kraft seiner Prozeßvollmacht als derjenige anzusehen ist, dem gegenüber die Aufrechnung erklärt werden darf. Wie diese Fragen zu beantworten, sollte m. E. bei Neuredaktion der C.P.O. klargestellt werden, wie sich aus nachstehender Betrachtung ergeben wird.

Die Aufrechnung geschieht nach dem B.G.B. (§ 388) durch eine Erklärung gegenüber dem anderen Theile. Hierdurch werden folgende Punkte klargestellt: 1. die Aufrechnung geschieht nicht ipso jure, 2. zur Geltendmachung der Aufrechnung ist nicht erforderlich, daß der eine Theil verklagt sei und sich im Wege der Einrede auf die Aufrechnung berufe; die Aufrechnung ist vielmehr 3. ein Rechtsgeschäft, das sofort durch seine Vornahme wirkt und jederzeit einseitig wider den Willen des anderen Theils vorgenommen werden kann, auch wenn kein Prozeß schwebt. Es kann dahin gestellt bleiben, in wie weit diese Sätze bereits bis-

her in den verschiedenen Rechtsgebieten zur Geltung gelangt waren, jedenfalls ist sowohl im gemeinen als im preußischen und französischen Recht von der Einrede der Kompensation die Rede. Mit Rücksicht hierauf sagen die Motive zum I. Entwurf II S. 107: „Nur dadurch unterscheidet sich der Entwurf zu einem Theile von der bestehenden Gesetzgebung, daß nicht prozessualische Geltendmachung der Aufrechnung im Wege der Einrede erforderlich ist". Ob also die Aufrechnung vor einem Prozesse oder während eines Prozesses zwischen den Betheiligten geschieht, ist für ihren rechtlichen Charakter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durchaus gleichgültig; der Schuldner, von welchem der Gläubiger Zahlung begehrt, erwidert in jedem Falle (d. h. ob verklagt oder nicht), daß er nicht mehr Schuldner sei, da er aufgerechnet habe. „Die Kompensationslage erzeugt", so sagen die Motive weiter, „keine Einrede im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeugt, wie die Zahlung, die materielle Einwendung, daß der Gläubiger befriedigt sei." Selbstverständlich braucht zwischen der Aufrechnung selbst und der Geltendmachung der geschehenen Aufrechnung kein längerer Zwischenraum zu liegen, die erstere kann der letzteren vielmehr unmittelbar vorangehen. Die Zahlung wird nun Niemand als eine Prozeßhandlung ansehen wollen, wenn sie auch erst nach Erhebung der Klage geschieht, und Niemand wird annehmen wollen, daß der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten durch die Prozeßvollmacht ermächtigt sei, dem Kläger Zahlung zu leisten, und daß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers durch die Vollmacht ermächtigt sei, die Zahlung anzunehmen. Warum soll dies bei der Aufrechnung anders sein? denn der Umstand, daß die Zahlung der Annahme bedarf, die Aufrechnung nicht, ist hier ohne Bedeutung.

Die Aufrechnung gehört zu den Willenserklärungen, welche „gegenüber einem Andern abgegeben werden müssen", sie steht also auf gleicher Linie mit dem Rücktritt vom Vertrage (§ 349), der Anfechtung einer Willenserklärung (§ 143), dem Wiederkauf (§ 497), dem Vorkauf (§ 505), dem Widerruf von Schenkungen (§ 531) und anderen. Für alle diese Willenserklärungen (einseitige Rechtsgeschäfte) stellen die §§ 130—132, 164 Abs. 3, 174, 180 Satz 2, 3 besondere Vorschriften auf, aus denen hervorgehoben sei, daß die in Abwesenheit des Anderen abgegebene Willenserklärung erst in dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht, daß die dem Vertreter des Andern als solchem gegenüber abgegebene Erklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt, daß die von einem Bevollmächtigten abgegebene Erklärung unwirksam ist, wenn der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der (von der Bevollmächtigten nicht benachrichtigte) Andre aus diesem Grunde das Rechtsgeschäft zurückweist, und daß, wenn derartige Rechtsgeschäfte mit Wissen des andern Theils ohne Vertretungsmacht vorgenommen oder entgegengenommen werden, bezüglich der Genehmigung und des Widerrufs die Regeln von Verträgen Anwendung finden. Die Aufrechnung macht in allen diesen Beziehungen keine Ausnahme. Versetzen wir uns nun in einen Rechtsstreit, der in persönlicher Anwesenheit der Parteien vor dem Amts-

gericht verhandelt wird. Hier wird es jedem Theile freistehen, in dem Termine selbst dem Gegner gegenüber Erklärungen der vorgedachten Art, die er vor dem Prozesse oder außerhalb desselben unterlassen hat, abzugeben, also zu erklären, daß er aufrechne, vom Vertrage zurücktrete, den Vertrag anfechte u. s. w., und unmittelbar darauf sich dem Richter gegenüber auf jene Erklärung zu berufen und auf sie die Einwendung zu gründen, daß er aufgerechnet habe, den Rücktritt erklärt, angefochten habe. Wie aber im Anwaltsprozesse? Sind die Anwälte ermächtigt, solche Erklärungen abzugeben, beziehungsweise entgegenzunehmen? Und wenn sie diese Vollmacht kraft der Prozeßvollmacht haben, können jene Erklärungen von ihnen nur in der mündlichen Verhandlung wirksam erklärt werden oder auch mündlich oder schriftlich außerhalb des Prozesses, oder auch durch Zustellung eines die Erklärung enthaltenden Schriftsatzes?

In den Motiven findet sich kein allgemeiner Ausspruch hierüber; von der Aufrechnung aber heißt es S. 106: „dieses Recht" (aufzurechnen) „verwirklicht er" (nämlich jeder Theil) „durch die von ihm im Prozesse oder außerprozessualisch dem andern Theile gegenüber abgegebene Willenserklärung, daß er seine Forderung gegen diejenige des Anderen aufrechne". Die Worte „im Prozesse" könnten an sich im Sinne von „während der Dauer eines Prozesses" verstanden werden, sodaß eine Aufrechnung, die von dem Beklagten dem Kläger mündlich oder schriftlich durch einen Privatakt erklärt würde, auch darunter fiele; der Gegensatz „außerprozessualisch" ergiebt aber, daß „im Prozesse" hier gleichbedeutend ist mit „durch eine Prozeßhandlung". In demselben Sinne scheinen die Worte „im Prozesse" auch in § 209 Abs. 2 Nr. 3 gebraucht zu sein, nach welchem durch Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse die Verjährung dieses Anspruchs unterbrochen werden soll. Darnach würde man annehmen müssen, daß nach den Motiven die Aufrechnung selbst (nicht blos das Vorbringen der geschehenen Aufrechnung) als Gegenstand einer Prozeßhandlung gedacht ist, woraus folgen würde, daß die Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten auch die Ermächtigung zur Erklärung der Aufrechnung gegenüber dem andern Theile begreift, und ebenso, daß der andere Theil hierbei durch seinen Prozeßbevollmächtigten vertreten wird. Die gleiche Folgerung würde man aber auch bezüglich der anderen einseitigen Willenserklärungen, welche einem andern gegenüber abgegeben werden müssen, insbesondere des Rücktritts, der Anfechtung, des Widerrufs, ziehen müssen. Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch drückt sich in § 992 wie folgt aus: „die Aufrechnung findet statt, wenn der eine Gläubiger dem andern gegenüber gerichtlich oder außergerichtlich erklärt, daß er aufrechnen will". Hier scheint die gerichtliche Aufrechnungserklärung in der That als Prozeßhandlung klar gedacht und bezeichnet zu sein, was sich durch ein bewußtes oder unbewußtes Anschließen an die bisherige Kompensationseinrede erklären ließe. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich enthält sich aber einer derartigen Ausdrucksweise und es muß höchst zweifelhaft erscheinen, ob alle jene einseitigen Willens-

erklärungen, welche doch nicht unmittelbar den Prozeß, sondern zunächst das Rechtsverhältniß gestalten, also nicht selbst Einreden sind, sondern nur die Voraussetzungen zu solchen schaffen, unter den Begriff der Prozeßhandlungen gebracht werden dürfen, oder ob wenigstens für die Aufrechnung in dieser Beziehung etwas Besondres gelten soll. Müßte aber angenommen werden, der Gesetzgeber sei bei Redaktion des B.G.B.'s davon ausgegangen, daß jene Willenserklärungen als Prozeßhandlungen geschehen können, so würde im einzelnen Falle die Erklärung diese Eigenschaft jedenfalls nur haben, sofern sie einen Theil des mündlichen Vorbringens bildet, woraus folgen würde, daß die Aufrechnung, der Rücktritt, die Anfechtung u. s. w., wenn sie durch den Prozeßbevollmächtigten als solchen geschehen sollen, nur in der mündlichen Verhandlung geschehen könnten. Die Legitimation des Prozeßbevollmächtigten des andern Theils zur Entgegennahme der Erklärung folgte dann einfach aus der Legitimation desselben zur Entgegennahme sonstigen Vorbringens. Hieraus würde weiter folgen, daß die Erklärungen in den zugestellten Schriftsätzen nur die Ankündigung enthielten, der Zustellende werde in der mündlichen Verhandlung aufrechnen, anfechten, zurücktreten und daraus Rechte ableiten, wie auch im übrigen die Schriftsätze nur das ankündigen, was in der mündlichen Verhandlung vorgebracht werden soll. Selbstverständlich müßte es den prozeßführenden Parteien, wenn sie aus irgend einem Grunde, z. B. um die Frist der Anfechtung (§ 124 Abs. 1) zu wahren, ihre Erklärung schon vor der mündlichen Verhandlung wirksam machen wollen, dieselbe persönlich oder durch einen besonderen Bevollmächtigten, als welcher natürlich auch der Prozeßbevollmächtigte bestellt werden kann, dem andern Theile persönlich gegenüber abzugeben, wozu sie sich ja der Hülfe des Gerichtsvollziehers bedienen können (§ 132).

Ob diese Folgerungen auf Grund der mitgetheilten Worte der Motive gezogen werden dürfen, erscheint mehr als zweifelhaft. Das Richtige dürfte sein, daß jene einseitigen Rechtsgeschäfte Prozeßhandlungen nicht sind. Eine andere Frage aber ist, ob es nicht zweckmäßig wäre, die Prozeßbevollmächtigten zur Vornahme und Entgegennahme derselben oder wenigstens einzelner davon im Prozeßgesetze zu ermächtigen. Bejaht man diese Frage, so dürfte weiter auch klar zu stellen sein, daß die Prozeßbevollmächtigten zur Vornahme und Entgegennahme solcher Erklärungen auch vor und außerhalb der mündlichen Verhandlung ermächtigt sein sollen, d. h. es wäre nicht zu bestimmen, daß die Abgabe und Entgegennahme jener Erklärungen unter den Begriff der Prozeßhandlungen falle, sondern daß die Prozeßbevollmächtigten (außer zu Prozeßhandlungen) auch zur Vornahme und Entgegennahme jener einseitigen Rechtsgeschäfte ermächtigt sind.

Geschieht gesetzgeberisch in dieser Beziehung nichts, so wird unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, so lange sich nicht eine feste Rechtsprechung herausgebildet hat, der vorsichtige Anwalt gut thun, einmal sich ausdrücklich zur Vornahme jener einseitigen Rechtsgeschäfte oder wenigstens einzelner z. B. der Aufrechnung, des Rücktritts in der Prozeßvollmacht ermächtigen zu lassen und

ferner dafür zu sorgen, daß die Erklärung, durch welche er oder seine Partei das Rechtsgeschäft vornimmt, vor der mündlichen Verhandlung der Gegenpartei zu eigenen Händen förmlich zugestellt werde.

Das Nichterscheinen einer Partei oder beider Parteien im Termine zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht.

Von Landrichter Just in Freiberg.

Ueber die Frage, wie zu verfahren sei, wenn in dem zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bestimmten Termine eine der Parteien oder beide ausbleiben, herrscht in der Wissenschaft und Rechtsprechung auf dem Gebiete der Reichscivilprozeßordnung von Anfang an und noch gegenwärtig Streit. Sieht man von dem unter besonderer Regelung stehenden — im Folgenden nicht mit behandelten — Fall der Versäumniß im Schwörungstermine ab (§ 430 der C.P.O.), so kommen im wesentlichen die Vorschriften der §§ 332 Abs. 1, 333 und 335 Abs. 1 der C.P.O. in Betracht, auf deren Wortlaut hier zu verweisen ist.

Die Ausleger dieser Vorschriften lassen sich in drei Gruppen scheiden. Die erste Gruppe — Endemann,[1] Fischer,[2] Brettner[3]) — bezieht die §§ 332 und 333 nur auf das Verfahren vor dem beauftragten und ersuchten Richter. Sie gelangt zu dem Ergebniß, daß das Prozeßgericht nicht verpflichtet sei, den von ihm erlassenen Beweisbeschluß ohne gleichzeitige Anwesenheit beider Streittheile zu erledigen, daß es vielmehr frei ermessen könne, ob es statt dessen unter Aussetzung der Beweisaufnahme im Falle des Nichterscheinens beider Parteien das Verfahren sogleich als ruhend betrachten und im Falle des Ausbleibens nur der einen Partei dem Versäumnißantrage der anderen ohne weiteres fügen wolle. Die zweite und dritte Gruppe bekämpfen gemeinsam diese Auffassung, indem sie die §§ 332 und 333 auch auf das Verfahren vor dem Prozeßgericht für anwendbar erachten. Dagegen besteht unter ihnen in anderer Beziehung Streit. Die zweite Gruppe — v. Wilmowski und Levy[4]), Barkhausen[5]) — ist nämlich der Meinung, die Beweisaufnahme sei bei nicht gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vom Prozeßgericht nur insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache in dem betreffenden Termine geschehen könne; sobald sich ein Hinderniß einstelle, trete unter allen Umständen die mündliche Verhandlung wieder in ihr Recht, dergestalt

---

[1]) Busch's Zeitschr. für Civilprozeß Bd. 4 S. 191 flg.

[2]) Gruchot, Bd. 24 S. 889 flg.

[3]) Bödiker's Magazin, Bd. 1 S. 331 flg.

[4]) Kommentar zu §§ 332, 333, 335.

[5]) Gruchot, Bd. 27 S. 803 flg.

daß im Falle der Nichtanwesenheit beider Streittheile das Verfahren ruhe, im Falle des Ausbleibens nur einer Partei das Versäumnißverfahren Platz greife. Die dritte Gruppe — Wach [6]), Troll [7]), Birkmeyer [8]), Gaupp [9]), Seuffert [10]), Reincke [11]) — hält dagegen das Prozeßgericht in dem Falle, daß der Beweisbeschluß im ersten Termine nicht oder nicht vollständig erledigt werden kann, für verpflichtet, ungeachtet der Nichtanwesenheit der Parteien oder etwaiger Versäumnißanträge zunächst der Vorschrift in § 333 nachzugehen.

Den ersten Anstoß zu dem Zweifel, ob die §§ 332 und 333 nur auf das Verfahren vor dem beauftragten oder ersuchten Richter Anwendung zu finden hätten, scheint die Bemerkung der Motive [12]) gegeben zu haben:

„Die §§ 316—325 (326—335 des Gesetzes), von denen die §§ 316—324 (326—334 des Gesetzes) Vorschriften über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten bezw. ersuchten Richter und im Auslande enthalten . . . ."

Schon in der Justizkommission des Reichstags äußerte aber der Regierungskommissar von Amsberg:

Der erste Absatz des § 322 (= 332 der C.P.O.) betreffe auch den Fall der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht. Er bezwecke, den Zeugen und Sachverständigen eine unnöthige Wiederholung des Weges zum Gericht zu ersparen . . . . Aus Nützlichkeitsgründen sei, selbst wenn Kontumazialanträge gestellt würden, die Erhebung des Beweises rathsam; allerdings sei der praktische Werth derselben dadurch bedingt, daß Einspruch erhoben werde.

Dem fügte der Abgeordnete Struckmann hinzu:

Die Vorschrift rechtfertige sich durch die Erwägung, daß die anfänglich ausbleibende Partei möglicherweise noch während oder nach der Beweisaufnahme, aber noch vor der sich daran anknüpfenden Verhandlung, also rechtzeitig erscheinen könne. [13])

Auch das Reichsgericht hat sich bereits in einer Entscheidung vom 20. März 1880 [14]) gegen die Auffassung der Motive ausgesprochen, weil der Wortlaut des § 332 zu solcher einschränkenden Auslegung keinen Anhalt gebe und die Bestimmung „aus inneren Gründen" auch für die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht nicht wohl zu entbehren sei.

Diese Entscheidung unterzieht Endemann einer längeren Kritik. Er geht von der Entstehungsgeschichte des § 332 aus und weist zunächst darauf hin, daß sich eine dem § 332 Abs. 1 völlig entsprechende Bestimmung schon im Nord-

---

[6]) Vorträge S. 123.
[7]) Versäumnißurtheil S. 18.
[8]) Rechtsfälle S. 49.
[9]) [10]) [11]) Kommentare (bei Seuffert 7. Aufl.) zu §§ 332 Abs. 1, 333, 335 Abs. 1.
[12]) Hahn, Materialien, S. 306.
[13]) Hahn, Materialien, S. 624.
[14]) Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 1. S. 238 flg.

deutschen Entwurf befunden habe. Bei deren Berathung habe die Kommission allerdings beschlossen, daß sie auf das Verfahren vor dem Prozeßgericht Anwendung finden solle. Schließlich sei aber dieser Beschluß nicht zur Ausführung gelangt, weil weder der Wortlaut des §, noch dessen Stellung zwischen Vorschriften über die im Wege der Requisition stattfindende Beweisaufnahme geändert worden sei. Dieselbe Stellung habe die gleiche Vorschrift dann auch in allen späteren Entwürfen beibehalten. — Weiter macht Endemann darauf aufmerksam, wie mißlich es sei, die Protokolle der Norddeutschen Kommission zur Erklärung der C.P.O. zu verwerthen, denn die Struktur des Verfahrens nach dem Norddeutschen Entwurfe sei eine ganz andere als die der C.P.O. Jener beruhe noch auf der Eventualmaxime: Die Sammlung des gesammten Streitstoffes finde vor der Beweisaufnahme statt; auf diese aber und im losen Zusammenhang mit ihr folge nur noch eine Schlußverhandlung, bestimmt zur Besprechung der Beweisergebnisse, sowie zur näheren Ausführung der thatsächlichen Behauptungen innerhalb des durch die frühere Hauptverhandlung gegebenen Rahmens. Die C.P.O. habe dagegen die Eventualmaxime völlig über Bord geworfen und kenne keine Beschränkung der Schlußverhandlung; vielmehr schiebe sich die Beweisaufnahme nur wie ein Zwischenverfahren in den Verlauf der mündlichen Verhandlung hinein. Infolgedessen seien denn auch alle Bestimmungen des Norddeutschen Entwurfs über die Versäumniß der Parteien an der Schlußverhandlung aus den späteren Entwürfen und aus der C.P.O. verschwunden. „Innere Gründe" für die Ausdehnung des § 332 auf die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht seien nicht zu entdecken. Die aus der wiederholten Belästigung der Zeugen und Sachverständigen entlehnten Zweckmäßigkeitsgründe aber schlügen nicht durch, weil sie voraussetzten, daß gegen das erst nach der Beweisaufnahme ergehende Versäumnißurtheil Einspruch erhoben werde, was doch völlig ungewiß sei.

Die Ausführungen Endemanns vermögen indessen nicht zu überzeugen. Beistimmen kann man ihm nur darin, daß die Verwendung der Gesetzesvorarbeiten zur Auslegung des Gesetzes besonders dann große Vorsicht erheischt, wenn die verschiedenen Entwürfe, die einander gefolgt sind, von ganz verschiedenen Grundgedanken ausgehen, wie dies bei den vielfachen Entwürfen zur C.P.O. der Fall ist. Richtig ist ferner, daß die Vorarbeiten nicht über das Gesetz selbst zu stellen sind. Gleichwohl scheint deren Studium Endemanns Blick getrübt zu haben.

Wie besonders Troll[15]) ausführt, beziehen sich nur die §§ 326—331 ausschließlich auf das Verfahren vor dem beauftragten oder ersuchten Richter und im Ausland; die §§ 332 und 333 aber behandeln sowohl die Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter als auch vor dem Prozeßgericht. Die §§ 334 und 335 endlich regeln lediglich das Verfahren des Prozeßgerichts. Allerdings hätte § 334 ebensogut in § 329 oder hinter diesem § seinen Platz

[15]) Versäumnißurtheil S. 19.

finden können; allein auch seine jetzige Stellung ist gerechtfertigt, weil er für eine Entschließung des Prozeßgerichts maßgebend ist, die erst nach Erledigung der im Auslande erfolgten Beweiserhebung gefaßt werden kann.

Ohne die oben wiedergegebene Bemerkung der Motive würde auch kaum Jemand auf den Gedanken gekommen sein, die §§ 332—333 nur von der Beweisaufnahme vor dem beauftragten und ersuchten Richter zu verstehen. Denn während die §§ 326—331 und 334—335 jedesmal ausdrücklich angeben, ob sie von dieser oder jener Art der Beweisaufnahme reden, sprechen die §§ 332—333 von der Beweisaufnahme schlechthin. Dem gegenüber kann auf die Motive, da sie mit dem Gesetz in Widerspruch stehen, keine Rücksicht genommen werden, auch wenn sie nicht insoweit in der Justizkommission des Reichstags vom Regierungstische aus gewissermaßen widerrufen worden wären.

Uebrigens fehlt es auch nicht an den von Endemann vermißten — vom Reichsgericht allerdings nicht näher angegebenen — „inneren Gründen" für die Annahme, daß die §§ 332—333 auch auf das Verfahren vor dem Prozeßgericht zu beziehen seien. Nach dem Systeme der C.P.O. ist die Beweisaufnahme „Richterakt, nicht Parteiakt".[16]) Demgemäß ist die Anwesenheit der Parteien bei der Beweisaufnahme nicht vorgeschrieben, sondern es ist ihnen nur „gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen" (§ 322).[17]) Da aber diese Bestimmung ebensowohl von der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht als von der vor dem beauftragten und ersuchten Richter gilt, so ist es vom Standpunkt des Gesetzgebers aus nur zu billigen, wenn er auch dem Prozeßgericht die Pflicht auferlegt, die Beweisaufnahme in Abwesenheit einer Partei oder beider Parteien insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Es ist demnach kaum zu verwundern, daß Endemann mit seiner Ansicht ziemlich vereinzelt dasteht. Von seinen beiden Parteigenossen bekennt sich Brettner in allen Punkten zu Endemanns Argumentation, die er für völlig überzeugend hält, während Fischer — anscheinend unabhängig von Endemann — zu dem gleichen Ergebniß mit etwas abweichender Begründung gelangt. Er sucht zwar zunächst in ähnlicher Weise, wie Endemann, die Entstehungsgeschichte der §§ 332 und 333 für seine Ansicht zu verwerthen, stützt sich aber sodann darauf, daß das Prozeßgericht an den Beweisbeschluß als eine jederzeit von Amtswegen abänderliche prozeßleitende Verfügung nicht gebunden sei, das Gesetz aber nicht beabsichtigt haben könne, dem freien Ermessen des Prozeßgerichts in der Richtung Schranken zu setzen, ob es sich im einzelnen Falle empfehle, die Beweisaufnahme in Abwesenheit einer oder beider Parteien vorzunehmen oder nicht. Seiner Ansicht nach würde also das Prozeßgericht verständigerweise den Beweisbeschluß nur dann erledigen,

---

[16]) Wach, Vorträge S. 122. (S. 158 der zweiten Aufl.)

[17]) Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses 3. Aufl. S. 548: „Bloß gestattet, nicht befohlen wird einer Partei, zu erscheinen, wenn sie zu handeln nicht veranlaßt ist."

wenn es Grund zu der Annahme hätte, daß der Prozeß weder durch Versäumnißurtheil endgiltig seine Erledigung finden würde, noch auf unabsehbare Zeit zum Ruhen käme.

Allein wenn man auch Fischer zugeben müßte, daß das Prozeßgericht ohne mündliche Verhandlung mit beiden Parteien seinen Beweisbeschluß wiederaufheben könne, so dürften doch jedenfalls die von Fischer angedeuteten Erwägungen den Prozeßrichter nicht dazu bestimmen, von den einmal beschlossenen Beweiserhebungen abzusehen. Er kann nie mit Sicherheit voraussagen, wie sich die Sache nach dem Abschluß der Beweiserhebung gestalten wird. Die bei Terminsbeginn fehlenden Parteien können nachträglich erscheinen und verhandeln; ebenso wie die Möglichkeit gegeben ist, daß sich die erschienenen Parteien oder eine derselben vor Beginn der mündlichen Verhandlung entfernen oder nicht verhandeln. Die Beweisaufnahme kann sich also schließlich auch in solchen Fällen als überflüssig herausstellen, wo sie in Anwesenheit beider Parteien vor sich gegangen ist. Jedenfalls aber stehen den Zweckmäßigkeitsgründen Fischers andere, schwerer wiegende Zweckmäßigkeitsgründe entgegen. Da niemals die Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß die angeordneten Beweiserhebungen künftig von Bedeutung werden, so gebietet die Rücksichtnahme auf den möglichen Verlust der Beweismittel auf die mögliche Verminderung ihrer Beweiskraft, auf Kostenersparniß und auf Vermeidung doppelter Belästigung der vorgeladenen Auskunftspersonen dringend die Erhebung der bereiten Beweise auch in dem Falle, daß eine der Parteien oder beide zum Termine nicht erscheinen.

Selbstverständlich können aber die Parteien die Aufhebung des Beweistermines vereinbaren und dies dem Prozeßgericht anzeigen (§ 205). Dann wird der Termin nicht abgehalten und die Beweisaufnahme unterbleibt.

Nach alledem darf nicht bezweifelt werden, daß die §§ 332 und 333 auf das Verfahren vor dem Prozeßgericht Anwendung finden.[18]) Damit fallen die Schlußfolgerungen, die Endemann, Fischer und Brettner auf ihre gegentheilige Ansicht gründen, in sich zusammen.

Um nun die Wirkungen beurtheilen zu können, die von den §§ 332 Abs. 1 und 333 auf das Verfahren vor dem Prozeßgericht ausgeübt werden, bedarf es zunächst einer genaueren Betrachtung der grundlegenden Bestimmung des § 335 Abs. 1. Die Fassung dieses Abs. 1 hat zu mannichfachen Streitfragen Anlaß gegeben. Aus dem Relativsatz „in welchem die Beweisaufnahme stattfindet" hat man vereinzelt zu folgern gesucht, daß der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht den Charakter eines Termins zur mündlichen Verhandlung nur unter der Bedingung annehme, daß darin zuvor die Beweisaufnahme wirklich stattge-

[18]) So außer den bereits oben dafür benannten Schriftstellern auch die Kommentare von Struckmann und Koch und von Puchelt; ferner Meves, die Civilprozeßordnung 1881 S. 225, Fitting, der Reichscivilprozeß, 8. Aufl. S. 379, 380.

funden habe.[19]) Mit Recht wird diese Auslegung allgemein verworfen.[20]) Sie verstößt gegen die grammatische Regel, daß Relativsätze, sofern nicht aus dem sie umgebenden Satzgefüge etwas anderes hervorgeht, nur die Bedeutung einer Umschreibung des Hauptwortes haben, an das sie sich anknüpfen. Hier liegt nicht der geringste Anlaß vor, den Relativsatz „in welchem die Beweisaufnahme stattfindet" anders als im Sinne einer Umschreibung zu verstehen. Eher könnte man auf den ersten Blick versucht sein, den Vordersatz „Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht" dahin auszulegen, daß die im Nachsatz über die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung getroffene Bestimmung nur unter der Voraussetzung Platz zu greifen habe, daß die Beweisaufnahme wirklich erfolgt sei. Allein die einfache Gegenüberstellung des Absatzes 1 mit Absatz 2 widerlegt diese Annahme. Abs. 2 enthält die Vorschrift darüber, wie es mit der Fortsetzung der mündlichen Verhandlung zu halten sei, wenn der Beweisbeschluß anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden solle. Daraus ergiebt sich mit voller Deutlichkeit, daß der Ton in dem Vordersatze des Abs. 1 nicht auf „Erfolgt" sondern auf „Prozeßgericht" zu legen ist. Abs. 1 hätte also ohne Veränderung seines Sinnes lauten können: „Der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht ist zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt." Mithin ist der Termin Verhandlungstermin auch dann, wenn die Beweisaufnahme aus irgend einem rechtfertigenden Grunde — wovon später zu handeln ist — unterbleibt.

Einen Stein des Anstoßes hat ferner das Wörtchen „zugleich" gebildet. Die meisten und darunter die angesehensten Schriftsteller suchen sich dagegen zu wehren, daß mit Rücksicht auf dieses Wörtchen der Termin von Aufruf der Sache an beides, Beweistermin und Verhandlungstermin sei.[21]) Und dennoch ist der Kampf m. E. ein vergeblicher. § 335 Abs. 1 spricht, wie Troll[22]) ganz zutreffend bemerkt, nicht von zwei Terminen, von denen einer dem anderen nachzufolgen habe, sondern von einem Termine mit zwei Zweckbestimmungen. Nicht der Termin, sondern der Gegenstand des Termins gliedert sich in die beiden Theile Beweisaufnahme und mündliche Verhandlung. Diese Auffassung entspricht auch dem praktischen Bedürfniß. Es kann sich sowohl vor als während der Beweisaufnahme eine alsbaldige mündliche Verhandlung erforderlich oder doch wünschenswerth machen. Man denke z. B. daran, daß die Verhandlung, welche zum Erlasse des Beweisbeschlusses geführt hat, weit zurückliegt und das Prozeßgericht sich des Verhandelten nicht mehr deutlich erinnert, oder daß das Prozeßgericht den Be-

---

[19]) Hellmann, Lehrbuch, S. 618.

[20]) Siehe besonders Troll, Versäumnißurtheil S. 17.

[21]) Wach, Vorträge S. 122; Meves, die C.P.O. S. 225; Planck, Lehrbuch, Bd. 2 S. 188; v. Wilmowski und Levy, Gaupp, Reincke, Kommentare zu § 335 Abs. 1; siehe auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civils. Bd. 1 S. 238 flg.

[22]) Versäumnißurtheil S. 17 flg.

weisbeschluß aufheben oder abändern, oder daß es während der Beweisaufnahme aufklärende Fragen an die Parteien richten will. Nach der herrschenden Meinung müßte das Prozeßgericht in allen solchen Fällen — streng genommen — einen förmlichen Beschluß dahin fassen, daß ungeachtet der Nichterledigung der Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung eingetreten werden solle, und dieser Beschluß müßte — wiederum streng genommen — den Parteien zugestellt werden, da der Termin zur Beweisaufnahme als solcher nach §§ 294, 281 der C.P.O. zur Verkündung von Gerichtsbeschlüssen nicht geeignet ist. Folgt man dagegen der Ansicht Trolls, die den Wortlaut des Gesetzes für sich hat[23]), so ist es lediglich eine Aufgabe der Prozeßleitung, den Terminsstoff zweckmäßig auf die Terminszeit zu vertheilen. Nur darf man nicht auf den Abweg gerathen, Beweisaufnahme und mündliche Verhandlung als einheitliches, untrennbares Ganzes zu behandeln[24]), denn eine solche Verquickung ist wegen des grundsätzlichen Unterschieds der Verhandlungs- von der Offizialmaxime theoretisch wie praktisch unmöglich.

Endlich streitet man sich darüber, ob § 335 Abs. 1 dem Prozeßgericht die Möglichkeit abschneidet, in dem Beweisbeschluß ausdrücklich einen anderen Termin als denjenigen, der zur Beweisaufnahme bestimmt ist, zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung anzuberaumen. Ich möchte mit v. Wilmowski und Levy[25]), Gaupp[26]), Seuffert[27]) und Petersen[28]) gegen Struckmann und Koch[29]), Kleiner[30]), Reincke[31]) und Planck[32]) diese Fragen bejahen. Ausschlaggebend ist, daß § 335 Abs. 1 mit der Ausdrucksweise einer zwingenden Prozeßnorm redet und in innigem Zusammenhang mit der ebenfalls zwingenden Vorschrift des § 297 steht. Hiergegen ließe sich nur die auf praktischen Gründen beruhende Erwägung geltend machen, daß es zuweilen wünschenswerth sein kann, einen Termin vor dem Prozeßgericht ausschließlich zur Beweisaufnahme zu verwenden, z. B. dann, wenn die angeordneten Beweiserhebungen ihrer Umfänglichkeit wegen nicht sämmtlich in einem Termine stattfinden können, oder wenn sich der Beweisbeschluß auf mehrere Zeugen erstreckt, von denen ein Theil zunächst vor dem Prozeßgericht, die übrigen sodann vor beauftragtem oder ersuchtem Richter vernommen werden sollen. Allein diese Erwägung kann nicht durchschlagen, da sich das Prozeßgericht ganz einfach dadurch helfen kann, daß es am Schlusse des ersten Beweistermines sofort die mündliche Verhandlung vertagt (§ 206).

Wir sind im Wege der Auslegung des § 335 Abs. 1 zu dem Ergebniß gelangt:

a) der Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht ist zur Fortsetzung

---

[23]) Vergl. hiergegen die gezwungene Interpretation des Wortes „zugleich" durch Reincke (a. a. O.).

[24]) H. Meyer in Busch's Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 9 S. 330 und bei Gruchot Bd. 22 S. 509 Anm. 84.

[25—31]) Kommentare z. §§ 335 Abs. 1.

[32]) Lehrbuch Bd. 2 S. 188, 351.

der mündlichen Verhandlung auch für den Fall bestimmt, daß eine Beweisaufnahme nicht stattfindet;

b) der Termin ist ein einheitlicher Termin mit zwei Zweckbestimmungen; Sache der Prozeßleitung ist es, den doppelten Terminsstoff auf die Terminszeit zu vertheilen;

c) das Prozeßgericht darf nicht einen Termin vor sich selbst ausschließlich zur Beweisaufnahme bestimmen.

Nunmehr ist der Zweck und die Bedeutung des § 332 Abs. 1 für das Verfahren vor dem Prozeßgericht leicht zu erkennen. An sich wäre nach § 335 Abs. 1 das Prozeßgericht auch beim Ausbleiben einer oder beider Parteien im Beweistermine in der Lage, zunächst in eine mündliche Verhandlung einzutreten. Dann würde entweder das Verfahren gemäß § 228 Abs. 2 sogleich zum Ruhen kommen, oder sofort Versäumnißurtheil beantragt und erlassen werden können. Diese Konsequenzen würden aber die Vorschrift des § 322, wonach die Parteien nicht verpflichtet, sondern nur berechtigt sind, der Beweisaufnahme beizuwohnen, beinahe illusorisch machen; sie würden in schreiendem Widerspruch stehen mit der Amtspflicht des Prozeßgerichts, die angeordneten Beweise zu erheben. Hier schafft § 332 Abs. 1 Abhülfe. Das Prozeßgericht soll verpflichtet sein, dann, wenn im Beweistermine nur eine Partei erscheint oder beide nicht erscheinen, gleichwohl zunächst die Beweisaufnahme zu bewirken, soweit dies „nach Lage der Sache geschehen kann".[33]) Erst nach Abschluß der Beweiserhebungen soll dann die mündliche Verhandlung mit allen ihren Wirkungen wiedereintreten, sodaß nunmehr, wenn beide Parteien fehlen, das Verfahren ruht, wenn aber nur eine Partei zugegen ist, von ihr Versäumnißurtheil beantragt werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob etwa die Beweisaufnahme zu ihren Ungunsten ausgefallen ist.

Hier taucht nun zunächst die Frage auf, ob eine Partei auch dann als säumig zu behandeln ist, wenn sie zwar beim Wiedereintritt der mündlichen Verhandlung abwesend war, aber bei der vorhergehenden Beweisaufnahme — etwa durch Fragestellung an die Zeugen — mitgewirkt hat. Man muß dies bejahen. Wenn auch der Termin von Aufruf der Sache an zugleich als Beweis- und Verhandlungstermin zu gelten hat, so ist doch, wie schon erwähnt, Beweisaufnahme nicht identisch mit mündlicher Verhandlung. Nur an letzterer ist Versäumniß im technischen Sinne möglich. Daraus ergiebt sich aber auch, daß die Partei den Folgen der Versäumniß an der mündlichen Verhandlung nicht durch Mitwirkung bei der Beweisaufnahme vorbeugen kann. Es kommt indessen häufig vor, daß das Prozeßgericht, die Anwesenheit beider Parteien benutzend,

[33]) Bei diesem Vorbehalte ist zunächst an den Ausschluß der Parteibefugniß zu denken, an Zeugen und Sachverständige Fragen richten zu lassen bez. selbst zu stellen (§§ 362, 367), sodann aber an alle Fälle, bei denen die Beweisaufnahme eine Mitwirkung der Partei erfordert (Vortrag einer Urkunde, Vorzeigung des Augenscheinsobjekts, Beseitigung von Zweifeln über die Identität des Beweismittels).

zwischen die Beweiserhebungen eine, wenn auch vielleicht ganz kurze, Verhandlung zur Hauptsache einschiebt. Hat eine Partei sich an einer solchen Verhandlung[34]) betheiligt, so kann sie nach Abschluß der darauf in demselben Termine zu Ende geführten Beweiserhebungen ohne Besorgniß vor einem Versäumnißantrage des Gegners der wiedereintretenden mündlichen Verhandlung fern bleiben, denn nur Totalversäumniß an der mündlichen Verhandlung berechtigt den Gegner zum Versäumnißantrage.

Von großem praktischen Interesse ist es weiter, wie sich § 332 Abs. 1 zu denjenigen Prozeßgestaltungen verhält, die durch zulässigen Verzicht der erschienenen Partei auf das von ihr angebotene Beweismittel oder durch Umstände hervorgerufen werden, die eine Aufhebung, Aenderung, Beschränkung des Beweisbeschlusses als geboten erscheinen lassen.

Nach § 364 kann die Partei auf einen Zeugen, den sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner aber kann verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und die bereits begonnene Vernehmung fortgesetzt werde. Zufolge § 367 ist diese Vorschrift auch auf den Beweis durch Sachverständige anwendbar, wobei jedoch zu beachten ist, daß das Gericht, auch wenn der Beweisführer verzichtet und der Gegner auf der Vernehmung nicht besteht, dennoch gemäß § 135 den Sachverständigen hören darf. Kann nun der Beweisführer auch in Abwesenheit des Gegners auf den Zeugen oder Sachverständigen wirksam verzichten? Die Bejahung dieser Frage ist nicht zweifelhaft, da § 364 die Wirksamkeit des Verzichts nicht von einer Genehmigung des Gegners abhängig macht, sondern letzterem nur das Recht verleiht, trotz des Verzichts die Benutzung des bereiten Beweismittels zu verlangen. Ist der Gegner nicht erschienen, so kann er eben von diesem Rechte nicht Gebrauch machen. Es tritt daher in Folge des Verzichts — falls nicht noch andere Beweise zu erheben sind oder das Prozeßgericht gemäß § 135 verfährt — sogleich die mündliche Verhandlung und damit die Möglichkeit ein, wider den abwesenden Gegner Versäumnißurtheil zu erwirken. Daß der Beweisführer den Beweismittelverzicht lediglich zu dem Zwecke benutze, um möglichst bald zu einem Versäumnißurtheil zu gelangen, ist hiernach zwar denkbar. Allein die Vorsicht gebietet dem Beweisführer, sich vor solchem Vorgehen zu hüten. Denn wenn man auch annehmen will, daß das Beweismittel nach Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnißurtheil von neuem geltend gemacht werden könne,[35]) so läuft doch solchenfalls der Beweisführer Gefahr, daß das Gericht ihm gegenüber von den Bestimmungen in §§ 256 Abs. 2, 251 Abs. 2 der C.P.O. (Auferlegung von Prozeßkosten) und § 48 des G.K.G. (Verzögerungsgebühr) Gebrauch macht. Im Uebrigen ist das Prozeßgericht in der Lage, die Chikane des

[34]) Wohl zu unterscheiden von einer Verhandlung über Zwischenstreitigkeiten, die in den Rahmen des Beweisaufnahmeverfahrens fallen (z. B. § 352).

[35]) Bartkhausen, a. a. O. S. 810; Planck, Lehrbuch, Bd. 2 S. 295; Gaupp, Seuffert, Kommentare zu § 388 Abs. 1.

Beweisführers durch Anwendung der Vorschrift in § 206 der C.P.O. zu durchkreuzen. — Handelt es sich in dem Termine um Aufnahme eines durch Beweisbeschluß angeordneten Urkundenbeweises (§§ 386 flg., 393 flg., 397 flg.), so liegt die Sache etwas anders. Nach § 401 kann der Beweisführer nach erfolgter Vorlegung der Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf das Beweismittel verzichten. Es kommt also für die Beurtheilung der in Abwesenheit des Gegners abgegebenen Verzichtserklärung darauf an, ob die Urkunde im Zeitpunkte des Verzichts dem Prozeßgericht bereits vorgelegt ist oder nicht. Ist ersteres der Fall, so muß trotz des Verzichts zunächst der Urkundenbeweis erhoben werden; dies geschieht durch mündlichen Vortrag des Urkundeninhalts durch den Beweisführer.[36]) — Was den Beweis durch Augenschein anlangt, so enthält die C.P.O. keine Bestimmung darüber, ob auf dieses Beweismittel verzichtet werden kann, beziehentlich ob und von welchem Zeitpunkt an der Verzicht der Zustimmung des Gegners bedarf. Die innere Verwandtschaft mit dem Urkundenbeweise rechtfertigt es indessen, die für diesen geltenden Vorschriften in der hier in Rede stehenden Beziehung entsprechend anzuwenden; jedoch kann das Prozeßgericht — wie beim Sachverständigenbeweis — trotz wirksamen Verzichts des Beweisführers die Augenscheinseinnahme von Amtswegen bewirken (§ 136).

Wir gelangen zu dem Fall des Vorhandenseins von Umständen, die eine Aufhebung, Abänderung, Einschränkung des Beweisbeschlusses erforderlich machen. Der Grundsatz, daß das Gericht den Beweisbeschluß von Amtswegen zu erledigen hat, verliert natürlich dann den Boden, wenn die Beweisaufnahme, sei es nach gesetzlicher Vorschrift, sei es nach der Auffassung des Gerichts, nicht mehr erheblich ist. Ersteres ist der Fall, wenn der Beweisführer die unter Beweis gestellte Behauptung zurücknimmt (§§ 255, 324 Ziff. 2) oder wenn der Gegner diese Behauptung zugesteht (§261), letzteres, wenn das Prozeßgericht auf Grund erneuter Erwägung erkennt, daß das Beweisthema für die Entscheidung ohne Belang ist. In diesen Fällen erledigt sich zwar der Beweisbeschluß nicht von selbst, und ebensowenig ist das Prozeßgericht in der Lage, ihn ohne mündliche Verhandlung mit beiden Parteien aus der Welt zu schaffen;[37]) das Prozeßgericht kann und muß aber die Beweisaufnahme aussetzen und die mündliche Verhandlung eröffnen. Zweckmäßiger Weise wird dies den Parteien, soweit möglich, vor dem Termine durch Zustellung eines entsprechenden Beschlusses bekannt gegeben. Ist das nicht geschehen, so ändert sich an der Sache selbst nichts. Geben sich bei Aufruf des Termins beide Parteien an, so wird zum Zwecke der Aufhebung oder Aenderung oder Beschränkung des Beweisbeschlusses sogleich mit ihnen mündlich

[36]) Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 4 S. 379, Bd. 8 S. 326 flg.

[37]) Der Beweisbeschluß ist zwar eine prozeßleitende Verfügung, allein er ergeht auf Grund mündlicher Verhandlung mit beiden Parteien und kann deshalb — soweit es sich nicht um rein formale Dinge handelt — „systemgemäß" nur auf Grund mündlicher Verhandlung mit beiden Parteien aufgehoben oder abgeändert werden; Reincke zu § 325.

verhandelt (§ 335 Abs. 1). Ist keine der Parteien oder nur die eine anwesend, so verkündet das Gericht, um die Abweichung von dem in § 332 Abs. 1 vorgeschriebenen Gange des Verfahrens zu rechtfertigen, einen — mit Gründen zu versehenden — Beschluß, durch welchen die Beweisaufnahme ausgesetzt und die mündliche Verhandlung eröffnet wird.[38]) Erscheint dann noch immer keine der Parteien, so ruht das Verfahren; im Falle der Anwesenheit der einen Partei kann gegen die andere Versäumnißurtheil ergehen, das Gericht müßte es denn aus Billigkeitsrücksichten vorziehen, sofort gemäß § 206 den Verhandlungstermin zu verlegen. — Etwas anderes gilt, wenn es sich nur um solche Aenderungen des Beweisbeschlusses handelt, welche dessen formale Ausführung betreffen, z. B. um die Anordnung, daß ein Zeuge, dessen Vernehmung vor dem Prozeßgerichte beschlossen war, durch den ersuchten Richter abgehört werden soll. Hier bedarf es vorgängiger mündlicher Verhandlung nicht. Die Anordnung kann sowohl vor dem Termine durch Zustellung als auch im Termine durch Verkündung eines Beschlusses getroffen werden; ob die Parteien in dem Termine anwesend sind, bleibt sich gleich. Im Beispielsfalle findet die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung gemäß § 335 Abs. 2 erst nach der Vernehmung des Zeugen durch den ersuchten Richter statt.

Wie ist nun aber zu verfahren, wenn in dem Beweistermine vor dem Prozeßgericht, zu welchem keine der Parteien oder nur die eine erschienen ist, weder ein wirksamer Beweismittelverzicht, noch ein die Aufhebung u. s. w. des Beweisbeschlusses rechtfertigender Umstand vorliegt, die Beweisaufnahme selbst aber ganz oder theilweise unmöglich ist? Nach v. Wilmowski und Levy sowie Barkhausen tritt hier ungeachtet der Vorschrift in § 333 unter allen Umständen — also auch in dem Falle, daß das Hinderniß ein nur momentanes ist — sogleich die mündliche Verhandlung wieder ein, sodaß bei Nichtanwesenheit der einen Partei Versäumnißurtheil beantragt werden kann, beim Nichterscheinen beider Parteien aber das Verfahren ruht.

v. Wilmowski und Levy[39]) begründen diese Meinung folgendermaßen: § 333 setze voraus, daß eine Vervollständigung der Beweisaufnahme erforderlich werde. Durch den Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils werde jedoch die fernere Beweisaufnahme erübrigt. Nach § 332 Abs. sei die Beweisaufnahme in dem Termine nur insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen könne. Insoweit dies nicht möglich sei, trete im Falle des § 335 die mündliche Verhandlung mit allen ihren Wirkungen ein, wie Abs. 1 klar ergebe. Die entgegengesetzte Meinung widerspreche direkt dem § 297. Daraus folge auch, daß, wenn beide Parteien nicht erschienen, der Prozeß ruhe, nachdem

[38]) Die Verkündung des Beschlusses ist nach §§ 294, 281, 283 auch den abwesenden Parteien gegenüber wirksam, weil der Termin kraft Gesetzes zugleich Verhandlungstermin ist (§ 335 Abs. 1.

[39]) Kommentar zu § 335 Anm. 1.

die Beweisaufnahme in dem Termine soweit stattgefunden habe, als dies nach Lage der Sache möglich gewesen sei, nicht aber, daß das Gericht die Vervollständigung der Beweisaufnahme von Amtswegen anzuordnen habe, obwohl die Parteien durch ihr Ausbleiben dem Gerichte zu erkennen gegeben hätten, daß sie den Prozeß ruhen lassen wollten. Die Gründe, welche für die Erledigung der Beweisaufnahme beim Ausbleiben beider Parteien auch vor dem Prozeßgericht maßgebend gewesen seien, die Zeugen u. s. w. nicht wiederholt zu belästigen und den Parteien die Möglichkeit des Erscheinens bis zum Schlusse der Beweisaufnahme im Termine offen zu halten, fielen weg, wenn die Zeugen u. s. w. im Termine nicht erschienen seien oder ohnedies noch einmal belästigt werden müßten und wenn die Parteien auch nach Aufnahme der Beweise im Termine, soweit sie möglich gewesen, nicht erschienen.

Barkhausen[40]) nimmt die von v. Wilmowski und Levy zuletzt angestellte Erwägung zum Ausgangspunkt und knüpft daran die Betrachtung, man würde dem Motive der Vorschrift in § 332 Abs. 1 erst dann gerecht, wenn der Beweis im Falle des Ausbleibens einer Partei und bei Stellung des Versäumnißantrages von Seiten der erschienenen Partei nur insoweit erhoben würde, als dies in dem zur Beweisaufnahme bestimmten Termine möglich sei. Weiter zu gehen wäre nach Ansicht Barkhausens überflüssig und unzweckmäßig. Denn man könne nie im Voraus wissen, ob Einspruch erhoben werde, und geschehe dies, so könne die Beweisaufnahme auch dann noch stattfinden, während im entgegengesetzten Falle eine vorgenommene Beweiserhebung überflüssig sei. Den Wortlaut des § 332 Abs. 1 glaubt Barkhausen nicht gegen sich zu haben, da hier nur vorgeschrieben werde, daß die Beweisaufnahme in dem dazu bestimmten Termine insoweit zu bewirken sei, als dies nach Lage der Sache geschehen könne. Schließlich wirft er die Frage auf, was wohl geschehen solle, wenn in dem zweiten und ferneren zur Beweisaufnahme angesetzten Termine diese wieder nicht erfolgen könne, z. B. wenn der geladene Zeuge beharrlich ausbleibe.

Alle diese Gründe und Bedenken erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht stichhaltig. § 333 legt, wie dem beauftragten und ersuchten Richter, so auch dem Prozeßgericht die Verpflichtung auf, einen neuen Termin zur Beweisaufnahme oder zu deren Fortsetzung von Amtswegen zu bestimmen, falls ein solcher „erforderlich" wird; hervorgehoben ist, daß diese Verpflichtung auch dann bestehe, wenn der Beweisführer oder beide Parteien in den früheren Terminen nicht erschienen seien. Daraus folgt gegen v. Wilmowski und Levy ohne weiteres soviel, daß die Nichtanwesenheit beider Parteien im ersten Termine für sich allein nicht genügt, um sagen zu können, ein neuer Beweisaufnahmetermin sei nicht „erforderlich". Aber auch der Versäumnißantrag einer Partei hat mit der Frage, ob ein neuer Beweistermin „erforderlich" sei, nicht das geringste zu schaffen.

[40]) a. a. O.

Das ergiebt sich aus dem inneren Zusammenhange, der zwischen § 333 und § 332 Abs. 1 besteht. § 332 hat, wie schon gezeigt worden ist, seinen gesetzgeberischen Grund keineswegs ausschließlich darin, daß unnöthige Belästigungen der Zeugen und Sachverständigen vermieden werden sollen, oder daß den Parteien die Möglichkeit gewahrt bleiben soll, noch im Laufe des Termins zu erscheinen. Er entspringt vielmehr dem im Beweisverfahren der C.P.O. durchgeführten Offizialprinzip, demzufolge der Richter die Beweisaufnahme von Amtswegen soweit zu bewirken hat, als dies ohne Mitwirkung der Parteien möglich ist. Dieser Gedanke liegt auch dem § 333 zu Grunde. Während § 332 Abs. 1 vorschreibt, daß das Gericht ohne Rücksicht auf das Ausbleiben einer Partei oder beider Parteien zur Beweisaufnahme zu schreiten hat, fügt § 333 ergänzend hinzu, daß von Amtswegen ein neuer Termin für Beweisaufnahme bestimmt werden soll, wenn letztere in dem ersten Termine nicht oder nicht vollständig hat durchgeführt werden können. Besonders charakteristisch hierfür ist die Hervorhebung, daß die Vorschrift auch trotz Abwesenheit des *Beweisführers* im ersten Termine angewendet werden soll. Selbstverständlich setzt aber § 333 voraus, daß von der Bestimmung des neuen Termins überhaupt ein Erfolg für den Fortgang des Beweisaufnahmeverfahrens erwartet werden darf. *„Erforderlich“ ist also ein neuer Beweistermin überall da, wo der Beweisbeschluß im ersten Termine, überhaupt nicht oder nicht vollständig erledigt werden konnte und Aussicht vorhanden ist, daß das Hinderniß im neuen Termine der Beweisaufnahme nicht mehr entgegenstehen werde.* Die Vorschriften in §§ 335 Abs. 1 und 297 treten sonach beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 333 außer Kraft; das ist aber nichts auffälliges, da § 333 im Verhältniß zu ihnen als lex specialis betrachtet werden muß. Immerhin wirkt § 335 Abs. 1 auch gegenüber dem § 333 noch insofern fort, als die Anberaumung des neuen Beweistermins am Schlusse des ersten mit Wirksamkeit auch gegen die nicht anwesenden Streittheile durch *Verkündung* eines entsprechenden Beschlusses geschieht.

Nach dem Ausgeführten wird der Prozeßrichter von der Prüfung der Frage, ob ein Anwendungsfall des § 333 vorliegt, durch die Nichtanwesenheit der Parteien oder etwaige Versäumnißanträge nicht befreit, und es hat sich diese Prüfung darauf zu erstrecken, wie das Hinderniß beschaffen ist, welches der Beweisaufnahme oder deren Fortgang entgegensteht. Ist es dauernd oder von ungewisser Dauer (Tod, nachrichtlose Abwesenheit des Zeugen; Untergang, Unauffindbarkeit des Augenscheinsobjekts), oder nur unter Mitwirkung der säumigen Partei zu beseitigen (ungenaue Angabe der Adresse des Zeugen, Zweifel über die Identität des Beweismittels), so würde die Anberaumung eines neuen Beweistermins zwecklos sein: solchenfalls tritt schon im ersten Termine die mündliche Verhandlung mit allen ihren Wirkungen wieder ein. Anders, wenn das Gericht im Stande ist, selbstthätig das Hinderniß aus dem Wege zu räumen (der Zeuge,

der Sachverständige ist ungehorsam oder entschuldigt ausgeblieben; die Ladung ist aus Versehen unterlassen worden). In diesem Falle hat das Prozeßgericht — unter Zurückweisung etwaiger Versäumnißanträge — sofort einen neuen Beweistermin zu bestimmen. Die Schlußfrage Barkhausens, was geschehen solle, wenn im zweiten oder ferneren Beweistermine die Beweisaufnahme wieder nicht erfolgen könne, ist dahin zu beantworten: das Gericht erschöpft alle ihm nach dem Gesetze zu Gebote stehenden Mittel, um die Beweisaufnahme zu ermöglichen. Ist es an dem Punkte angelangt, wo es nicht weiter kann, so tritt in dem Termine, wo sich dies entscheidet, die mündliche Verhandlung wieder in ihr Recht.

Schließlich ist noch des Falles zu gedenken, wenn in dem zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht bestimmten Termine dieses anders besetzt ist, als bei Erlaß des Beweisbeschlusses. Das Mündlichkeitsprinzip der C.P.O. bringt die unliebsame Folge mit sich, daß der neubesetzten Richterbank vor allen Dingen der gesammte bisher angehäufte Prozeßstoff in kontradiktorischer Verhandlung von den Parteien vorgetragen werden muß.[41]) Es ist auch nicht etwa zulässig, diesen Vortrag auf die Terminszeit nach der Beweisaufnahme zu verschieben, denn die Beweisaufnahme setzt die Kenntniß des Prozeßstoffes voraus. Richterwechsel ist also ein die Vornahme der Beweiserhebung hindernder Umstand und zwar ein — Hinderniß, welches außer im Falle nur vorübergehender Vertretung eines Richters — auch durch Anberaumung eines neuen Beweisaufnahmetermins gemäß § 333 nicht beseitigt werden kann. Daraus ergiebt sich, daß auch hier die doppelte Zweckbestimmung des Beweistermins, vermöge deren er zugleich als Verhandlungstermin dienen soll, sogleich in Wirksamkeit tritt. Folge davon ist, daß bei Nichtanwesenheit der Parteien das Verfahren ruht, bei Anwesenheit nur der einen Partei gegen die andere Versäumnißurtheil ergehen kann; aus Billigkeitsrücksichten wird jedoch das Prozeßgericht im letzteren Falle gemäß § 206 der C.P.O. sofort die Vertagung der Verhandlung beschließen.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Konfessorienklage, Kollision zweier Wassernutzungsrechte. (§ 529 des B.G.B.'s, cst. ined. XXXVI v. J. 1572.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 16. November 1896 (O. VII. 66/93.)

Der als Kläger auftretende Staatsfiskus im Königreiche Sachsen ist seit mehr als einem Jahrhundert Eigenthümer des dermalen auf dem Fol. 134 des Grundbuchs für Rechenberg eingetragenen sog. Rechenberger Floßteichs. Dieser

[41]) Planck, Lehrbuch, Bd. 1 S. 189, 190.

steht mit der Freiberger Mulde in Verbindung, von der ein Zuleitungsgraben (D) nach dem Teiche abzweigt. Um dem Graben das nöthige Wasser zu verschaffen, ist im Flußbette ein Wehr (B) angebracht. Oberhalb des Grabens und des Wehres B befindet sich ein zweites Wehr (A), das einem Mühlgraben Wasser zuführt, an dem als Dritte die Mühle des Beklagten gelegen ist. Zwischen dem Wehre B und der Stelle, wo der Mühlgraben wieder in die Mulde einmündet, ist im Flußbette ein drittes Wehr (C) eingebaut, das den Zweck verfolgt, das Wasser, das über das Wehr B gelaufen ist, zu sammeln und durch eine Zuleitung (C) dem Mühlgraben und damit der Mühle des Beklagten zuzuführen. Dem Graben D kann nur das Wasser zufließen, das über das Wehr A geht und durch den Inhalt der von den beiden oberen Mühlen herkommenden Abfallgräben (F und G) verstärkt wird. Das Wehr C und der damit verbundene Graben E haben den Zweck, der Mühle des Beklagten in wasserarmen Zeiten das in's Flußbett gelangte Wasser wieder zuzuleiten. Der Teich H wird jetzt, seitdem der Staat die Flößerei aufgegeben hat, lediglich zu Fischereizwecken benutzt. Die auf die Zuleitung des Muldenwassers in den Teich H gerichteten Vorrichtungen bestehen seit langer, die Ersitzungsperiode weit übersteigender Zeit. Wann die Mühle des Beklagten und das Wehr C errichtet worden sind, hat sich nicht feststellen lassen. Es ist dies jedoch zeitigstens im Jahre 1780 geschehen.

Zwischen den Parteien herrscht nun Streit über die beiderseitigen Wassernutzungsrechte und der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurtheilen, daß er das dem Kläger zustehende Recht, dem Teiche H durch das Wehr (B) mit dem Zuleitungsgraben (D) das zur Speisung des Teiches erforderliche Wasser zuzuleiten, anerkenne, aller Störungen des Rechtes bei 100 Mk. Strafe für jeden Zuwiderhandlungsfall sich enthalte, auch schuldig sei, die durch die bisherigen Rechtsstörungen verursachten erweislichen Schäden dem Kläger zu ersetzen.

Der Beklagte fordert die Abweisung der Klage und widerklagend

die Verurtheilung des Klägers dahin, daß er sein, des Beklagten, Recht, aus der Mulde das zum Betriebe seines Mühlenwerkes benöthigte Wasser jederzeit in hinreichender Menge durch das Wehr C dem Werke zuzuleiten, anerkenne, nicht minder jeder Störung dieses Rechtes bei Vermeidung einer angemessenen Geldstrafe sich enthalte, auch schuldig sei, die durch die seitherigen Störungen erwachsenen erweislichen Schäden zu erstatten.

Der Beklagte erläutert das ihm angeblich zustehende Recht, in dem er sich insoweit auf Ersitzung bezieht, dahin, daß er in Bezug auf das unterhalb des Wehres A und oberhalb des Wehres B im Flußbette befindliche Wasser dem Kläger gegenüber, dessen Wasserleitungsbefugniß er an sich nicht bestreiten wolle, das Vorzugsrecht habe, so daß in den Graben D nur das Wasser fließen dürfe, das für sein Mühlenwerk entbehrlich sei. Er sei also berechtigt, wenn sein Mühlen-

werk noch Wasser brauche, den Graben D durch Niederlassung eines Schützens ganz oder theilweise abzuschließen.

Der Kläger hingegen, der die Abweisung der Widerklage beansprucht, behauptet, daß ihm selbst bezüglich der erwähnten Wassermenge das Vorrecht zukomme und daß er berechtigt sei, in wasserarmen Zeiten den Inhalt des Muldenflußbettes seinem Teiche in vollem Umfange zuzuführen.

In dem erstinstanzlichem Urtheile ist der Beklagte unter Abweisung der Widerklage nach dem Klagantrage verurtheilt worden.

Der Beklagte hat Berufung eingewendet mit dem Antrage, die Klage abzuweisen und nach dem Widerklagantrage zu erkennen. Die Berufung wurde theilweise beachtet. Die zweitinstanzliche Entscheidung lautete:

Es wird festgestellt, daß der Wasserzufluß vom Muldenflußbette nach dem im Eigenthume des Klägers stehenden sogenannten Rechenberger Floßteiche, soweit dies nach dem Fischen des Teiches zur Wiederanspannung desselben erforderlich ist, hiernächst an allen Sonn- und Festtagen, sowie im Uebrigen von 8 Uhr Abends bis 6 Uhr Vormittags ungehindert zu bestehen hat. Dagegen soll der Beklagte berechtigt sein, diesen Zufluß an Werktagen, soweit nicht die Wiederanspannung des gefischten Teiches in Frage steht, von 6 Uhr Vormittags bis 8 Uhr Abends durch Niederlassen des Schützens abzuhalten. Jede der beiden Prozeßparteien hat das Wassernutzungsrecht der andern in diesem Umfange anzuerkennen und sich jeder Störung des der Gegenseite zukommenden Rechtes bei Vermeidung einer Geldstrafe von 50 Mk. für jeden Zuwiderhandlungsfall zu enthalten. Im Uebrigen werden Klage und Widerklage abgewiesen.

Die Gerichtskosten wurden unter den Parteien getheilt, die außergerichtlichen compensirt.

Aus den Gründen:

Im vorliegenden Falle herrscht kein Streit darüber, daß beiden Parteien ein privatrechtliches Wasserzuleitungsrecht zusteht und zwar in der Weise, daß das über das Wehr A in das Muldenflußbett gelangte Wasser vom Beklagten für sein Mühlenwerk, vom Kläger für seinen Fischteich nutzbar gemacht werden kann. Daß auch der Kläger nicht bestreiten will, daß der Gegenseite an sich ein Wassernutzungsrecht zukomme, kann nach der Haltung, die er im Rechtsstreite eingenommen hat, nicht bezweifelt werden. Er hat nicht in Abrede gestellt, daß das Wehr C vor langen Jahren sofort bei Errichtung der jetzt dem Beklagten gehörigen Mühle gebaut worden sei. Dies konnte nach Lage der Sache überhaupt nur mit Vorwissen und Genehmigung des Staatsfiskus geschehen. Ueberdieß ist der Klagantrag nicht auf die Beseitigung des Wehres gerichtet und dies hätte doch in erster Linie das Ziel der Klage sein müssen, wenn der Kläger beabsichtigt hätte, dem vom Beklagten beanspruchten Wasserleitungsrechte jede Anerkennung zu versagen.

Nur für den Fall können die Parteien nicht zu einer Einigung gelangen,

daß die vorhandene Wassermasse nicht hinreicht, den beiderseitigen Interessen gleichzeitig gerecht zu werden. Der Beklagte geht davon aus, daß er in Zeiten knappen Wasserstandes befugt sei, das unterhalb des Wehres A im Muldenflußbette vorhandene Wasser ausschließlich seinem Mühlenwerke zuzuführen und zu diesem Zwecke den Schützen des Zuleitungsgrabens D herabzulassen. Der Kläger vertritt den entgegengesetzten Standpunkt, indem er annimmt, der Beklagte müsse es sich gefallen lassen, daß der Wasserzufluß zu Zeiten der Teichwirthschaft in vollem Umfange zu Gute komme.

Bei Beurtheilung dieser Streitfrage ist in's Auge zu fassen, daß der Staatsfiskus rechtlich eine Doppelstellung einnimmt. Auf der einen Seite ist er nach der in Sachsen zur Herrschaft gelangten Auffassung,

vergl. Wengler's Archiv Jahrgang 1885 Seite 410,

Eigenthümer des Muldenflußbettes und als solcher berechtigt, Störungen seines Eigenthums mit der Negatorienklage entgegenzutreten. Von diesem Rechtsbehelfe würde er beispielsweise dann Gebrauch machen können, wenn ein Dritter in dem Flußbette ein Bauwerk aufführen oder Steine oder Sand daraus entnehmen wollte.

Andererseits ist der Kläger aber auch als Eigenthümer des sog. Floßteiches mit einem Nutzungsrechte an der fließenden Wasserwelle ausgestattet, das ebenso, wie die dem Beklagten zustehende Wasserleitungsbefugniß, nach Analogie der über die Grunddienstbarkeiten geltenden Sätze zu behandeln und nöthigenfalls, insbesondere auch dem Beklagten gegenüber, mit einem der Konfessorienklage oder unter Umständen der Theilungsklage ähnelnden Rechtsbehelfe geltend zu machen ist:

vergl. die einen verwandten Fall betreffenden Ausführungen bei Rißmann, das Wasserrecht, 2. Auflage S. 26 Abs. 2 und die dort angeführte Literatur.

Im vorliegenden Falle kommt nun der Staatsfiskus lediglich in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Teiches in Frage. Das vom Beklagten beanspruchte Niederlassen des am Eingange des Zuleitungsgrabens stehenden Schützens gereicht ihm nicht in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Flußbettes, sondern ausschließlich um deßwillen zur Beschwerde, weil er dadurch die Füglichkeit verliert, seinen Teich mit dem erforderlichen Wasser zu versorgen. Nicht sein Eigenthum am Flußbett, sondern sein zu Gunsten des Teiches bestehendes Nutzungsrecht an der fließenden Wasserwelle wird durch die vom Beklagten beanspruchten Maßnahmen verkümmert. Stünde der Teich im Eigenthume eines Dritten, so würde der Kläger in seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Flußbettes nicht das mindeste Interesse daran haben, ob die vorhandene Wassermenge dem Beklagten oder dem Dritten zuzukommen hätte. Als Eigenthümer des Flußbettes könnte sich der Kläger höchstens durch das in das Flußbett eingebaute Wehr behelligt fühlen. Allein sein Klagantrag geht, wie dessen Fassung deutlich an die Hand giebt, nicht negatorisch auf Beseitigung einer derartigen Eigenthumsstörung, sondern

konfessorisch auf den Schutz des ihm als Teicheigenthümer zukommenden Wasserleitungsrechts.

Aus diesen Darlegungen ergiebt sich, daß den Erwägungen, auf denen die erstinstanzliche Entscheidung beruht, nicht beigepflichtet werden kann, sondern daß es sich lediglich um die Kollision zweier Wassernutzungsrechte handelt, deren Verhältniß zu einander zu erörtern und endgültig zu regeln ist.

Wenn der Beklagte behauptet, daß er in Zeiten knappen Wasserstandes den Vorzug beanspruchen dürfe, so ist es seine Sache, darzuthun, daß er ein so ausgiebiges Recht erworben habe (vergl. z. B. § 171 des B.G.B.'s). Allein dieser Nachweis ist ihm vollständig mißlungen.

Es wird dies näher ausgeführt, sowie weiter, daß der Beklagte das von ihm beanspruchte Maß von Rechten auch nicht durch Ersitzung erworben habe, und alsdann weiter bemerkt:

Daß endlich die const. ined. XXXVI vom Jahre 1572 nicht, wie der Beklagte anzunehmen scheint, die Bedeutung haben kann, daß dann, wenn ein Mühlenwassernutzungsrecht mit einem anderen Wassernutzungsrechte kollidiert, das erstere stets den Vorzug haben müsse, ergiebt sich aus dem, was in den

Annalen des O.L.G. Band 11 Seite 81, 82

über die Bedeutung des erwähnten Gesetzes ausgeführt ist. Andrerseits konnte aber auch dem Verlangen des Klägers nicht in vollem Umfange entsprochen werden. Zwar erscheint die analoge Anwendung des — auch dem früheren Rechte entsprechenden — § 529 B.G.B. auf wasserrechtliche Nutzungsbefugnisse der dermalen vorliegenden Art durchaus unbedenklich, und es könnte darnach den Anschein gewinnen, als müßte das höhere Alter des dem Kläger zustehenden Rechtes unter allen Umständen zu dem von diesem vertretenen Standpunkte führen. Allein wenn auch das ältere Recht unter den aus § 529 ersichtlichen Voraussetzungen den Vorzug hat, so kann es doch auch in diesem Falle nicht über seine eigentliche durch seinen wirthschaftlichen Zweck bedingte Tragweite hinaus ausgedehnt werden und es ist demgemäß im Auge zu behalten, daß das Recht des Staatsfiskus immer nur darin bestehen kann, daß ihm das zur Speisung des Fischteichs erforderliche Wasser zugeführt werde. Würde nun im vorliegenden Falle die Sache so liegen, daß in Zeiten knappen Wasserstandes der gesammte Inhalt des unter dem Wehre A gelegenen Muldenflußbettes zur Speisung des Teiches erforderlich wäre, so würde das aus dem Alter fließende Vorzugsrecht allerdings die Folge haben müssen, daß dem Kläger die gesammte Wassernutzung zuzufallen hätte. Allein nach dem Gutachten des Sachverständigen W. muß angenommen werden, daß der Teich auch in wasserarmen Zeiten den zu Fischereizwecken erforderlichen Zufluß schon dann erhält, wenn er auch nur zeitweise mit dem Muldenflußbette in Verbindung steht; das aus dem Alter der Rechte sich ergebende Vor-

zugsrecht kann somit den Beklagten auch nur zeitweise verdrängen, und es ist unter diesen Umständen eine Entscheidung zu finden, die dem Kläger das ihm Gebührende zukommen läßt, jedoch den Ueberschuß dem Beklagtrn zuweist. Nach den Beweisergebnissen muß davon ausgegangen werden, daß der Kläger für seine Zwecke genug Wasser erhält, wenn der Zuleitungsgraben, abgesehen von der Zeit, die nach dem Fischen des Teiches zur Wiederanspannung desselben erforderlich ist, an Sonn- und Festtagen, sowie zur Nachtzeit geöffnet wird. Es konnte daher dem Beklagten nachgelassen werden, den Schützen die übrige Zeit niederzulassen. Damit ist gleichzeitig den Betriebsverhältnissen des Mühlenwerkes des Beklagten zur Genüge Rechnung getragen, ohne daß das Recht des Staatsfiskus seine Bedeutung als Vorzugsrecht verloren hätte. Denn der Kläger erhält jederzeit die Wassernutzung, die er braucht, während sich der Beklagte mit dem Ueberschusse auch dann begnügen muß, wenn zum vollen Betriebe seines Mühlenwerkes an sich mehr Wasser erforderlich wäre.

Zur Lehre von der Voraussetzung. Unterschied von der bloßen Erwartung oder vom Beweggrunde. (§ 1534 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 19. Januar 1897. O. IV. 165/96.

Die Klägerin, die Leipziger Krystallpalastaktiengesellschaft, forderte vom Beklagten, einem Zirkusdirektor, einen Miethzinsrest von 1850 ℳ. Das Nähere ergiebt sich aus den Gründen des Berufungsurtheils, durch welches die in erster Instanz erfolgte Klagabweisung bestätigt wurde.

Unstreitig hatte die Klägerin die ihr gehörige „Alberthalle" zu Leipzig dem Beklagten bereits im Herbste 1895 auf die Zeit vom 4. April bis mit 3. Mai 1896 für den Zins von 475 ℳ täglich zum Zwecke der Veranstaltung von Zirkusvorstellungen vermiethet, für die folgenden vier oder fünf Tage aber an den Unternehmer einer Händelfeier vergeben. Als der Beklagte bereits mit den Vorstellungen begonnen hatte, miethete er von der Klägerin die Alberthalle auch für die der Händelfeier folgenden sechs Tage für zusammen 1000 ℳ. Endlich stellte sich gegen Ende April 1896 heraus, daß die Händelfeier ausfallen werde, und nunmehr wurde zwischen den Parteien ein dritter Vertrag geschlossen, vermöge dessen die Klägerin dem Beklagten die Alberthalle auch für die Tage vermiethete, an denen die Händelfeier stattfinden sollte; für diese Tage bewilligte der Beklagte oder dessen Geschäftsführer P. den früheren Miethzins von 475 ℳ täglich, da der Vertreter der Klägerin anderenfalls mit Schließung der Alberthalle drohte. Thatsächlich hat sodann der Beklagte die Alberthalle sowohl während der Zeit, in der die Händelfeier stattfinden sollte, als auch während der folgenden sechs Tage benutzt und für die letzteren die vereinbarten 1000 ℳ der Klägerin bezahlt. Diese

fordert jedoch mit der Klage auch für die letzten sechs Spieltage 475 ℳ täglich oder 2850 ℳ zusammen als angemessenen Miethzins unter Abrechnung der gezahlten 1000 ℳ, indem sie unter Hinweis auf B.G.B. §§ 1534 flg. davon ausgeht, Voraussetzung des niedrigeren, angeblich nicht einmal die Selbstkosten für Beleuchtung u. s. w. deckenden Miethzinses sei die Händelfeier und die hierdurch dem Beklagten aufgenöthigte Pause gewesen, infolge des Wegfalls der Händelfeier und der Pause sei sie berechtigt, „den Verzicht auf die 475 ℳ täglich und die Annahme eines Miethzinses von 1000 ℳ für sechs Tage" zu kondizieren.

Allein ganz abgesehen davon, ob im Falle des Vorliegens einer Voraussetzung im Sinne von § 1534 des B.G.B.'s der Klägerin ohne weiteres ein Anspruch auf einen angemessenen oder den bisherigen Miethzins zustehen würde (§§ 1538, 1529 flg.), vermag den Ausführungen der Klägerin schon darin nicht beigepflichtet zu werden, daß der Abhaltung der Händelfeier die Bedeutung einer derartigen Voraussetzung innewohne. Daß bei der Vermiethung der Alberthalle an den Beklagten für die letzten sechs Spieltage ausdrücklich erklärt worden sei, sie erfolge überhaupt oder doch für den geringeren Zins von 1000 ℳ nur unter der Voraussetzung, daß die Händelfeier stattfinde und der Beklagte inzwischen pausieren müsse, wird von der Klägerin selbst nicht behauptet. Ebensowenig kann aber angenommen werden, daß in dieser Richtung zwischen den Parteien stillschweigende Uebereinstimmung geherrscht habe. Denn für die miethweise Ueberlassung der Alberthalle an den Beklagten für die Tage nach der Händelfeier war diese an und für sich ganz gleichgültig, der Vertrag konnte in jedem Falle abgeschlossen und ausgeführt werden, mochte nun die Alberthalle von der Klägerin einige Tage für die Händelfeier oder bei deren Wegfall, wie der Klägerin zweifellos freigestanden hätte, zu anderen Zwecken benutzt oder an dritte Personen überlassen werden. Auch handelte es sich bei der Bewilligung des angeblich geringen Miethzinses von 1000 ℳ für die sechs Tage nach der Händelfeier nicht etwa um den Ausgleich des Nachtheiles, der dem Beklagten durch eine mit der Händelfeier verbundene Störung der anfänglich beabsichtigten Zirkusvorstellungen entstehen würde, denn der Beklagte hatte ursprünglich die Alberthalle nicht für die Tage der Händelfeier, sondern nur auf die Zeit bis mit 3. Mai gemiethet, und erst längere Zeit nach Abschluß jenes ersten Vertrages miethete er die Alberthalle auf die Tage nach der Händelfeier. Bei der Vertragsverhandlung, die zur Vermiethung der Alberthalle an den Beklagten für die letzten sechs Spieltage führte, ist zwar unstreitig erwähnt worden, daß die durch die Händelfeier hervorgerufene Unterbrechung der Zirkusvorstellungen den Beklagten schädige, auch hat der Vertreter der Klägerin die Bedingung gestellt und bewilligt erhalten, daß der Beklagte nach der Händelfeier die Umgestaltung der Alberthalle für den Zirkusbetrieb auf seine Kosten veranlasse. Hieraus läßt sich indessen bei Berücksichtigung des sonstigen, oben dargelegten Verhältnisses der Parteien nur soviel folgern, daß beide Theile den Miethvertrag über die letzten sechs Spieltage in der Erwartung abge-

schlossen, es werde die Händelfeier stattfinden und sich deswegen eine Unterbrechung der Zirkusvorstellungen und die Wiederbeseitigung der für die Händelfeier nöthigen Einrichtung erforderlich machen, und daß diese Erwartung für die Festsetzung der Höhe des Miethzinses bestimmend war — gleichviel, ob allein oder neben anderen Rücksichten. Die Händelfeier mit ihren Folgen bildete daher wohl einen **Beweggrund**, der durch den übereinstimmenden Willen der Parteien zur Bedingung oder zur Voraussetzung hätte erhoben werden können. Hierzu genügte es aber nicht, wenn jene Erwartung bei der Vertragsverhandlung nur erwähnt wurde, vielmehr blieb sie dessenungeachtet ein Beweggrund,

Wengler's Archiv, 1886 S. 394; Jurist. Wochenschrift, 1896, S. 362 Nr. 43,

dessen später erhellende objektive Unrichtigkeit der Klägerin ein Recht zur einseitigen Vertragslösung nicht für sich allein,

Sächs. Archiv, 1892 S. 14 Nr. 11,

sondern nur in dem Falle hätte geben können, wenn sich insoweit der Beklagte — etwa durch Verschweigung des ihm bereits bekannt gewordenen Wegfalls der Händelfeier — einer Täuschung schuldig gemacht hätte,

Sächs. Archiv, a. a. O. Nr. 10.

Von einer Täuschung kann aber im vorliegenden Falle nicht die Rede sein, weil nach der eigenen Darstellung der Klägerin der Vertrag über die letzten sechs Spieltage längst abgeschlossen war, als sich der Ausfall der Händelfeier herausstellte.

Unter diesen Umständen konnte durch Vorbehalte oder sonstige einseitige Erklärungen der Klägerin an dem nun einmal für den Beklagten entstandenen Miethrechte nichts geändert werden, vielmehr hätte es hierzu der Einwilligung des Beklagten bedurft. Ausdrücklich ist eine solche — gleichfalls nach der eigenen Angabe der Klägerin — weder vom Beklagten, noch von dessen Geschäftsführer P. erklärt worden. Vielmehr hat P. sich am 4. Mai 1896 namens des Beklagten nur betreffs derjenigen Tage, an denen ursprünglich die Händelfeier stattfinden sollte, zur Zahlung des „alten Preises", d. h. von 475 ℳ täglich, bereit erklärt und die Hoffnung ausgesprochen, es werde noch eine Verständigung über die Restzeit zustandekommen, dagegen hat der Beklagte selbst dem später an ihn gerichteten Verlangen des Direktors der Klägerin, diesen Zins auch für die letzten sechs Spieltage zu gewähren, ausdrücklich widersprochen, worauf man übereingekommen ist, die Sache zur richterlichen Entscheidung zu bringen. Dieses Verhalten P.'s und des Beklagten läßt nicht erkennen, daß sie mit einer Miethzinserhöhung einverstanden gewesen seien. Insbesondere enthält es noch keinen Verzicht auf die für die letzten Spieltage erworbenen Miethrechte, wenn P. die Hoffnung einer Verständigung aussprach; B.G.B. § 135, H.G.B. Art. 278. Insofern man aber im Nichtzustandekommen einer entsprechenden Verständigung — wie sonach nicht entschieden zu werden braucht — den Nichteintritt einer selbständigen Voraussetzung zu erblicken hätte, so würde hieran der Vertrag über die Tage der Händel-

feier, nicht der Vertrag über die Restzeit selbst gebunden erscheinen und der Klägerin durch Nichteintritt der Voraussetzung gleichfalls kein Recht zum einseitigen Rücktritt von dem letzteren Vertrage entstanden sein.

Rechtliche Natur und Umfang des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen unschuldigen Ehegatten. (§ 1750, § 1751, § 1848 des B.G.B.'s)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 8. April 1897. O. VII 188/96.

Die Parteien haben am 28. April 1889 mit einander die Ehe geschlossen, die aber auf Antrag der Klägerin rechtskräftig vom Bande geschieden worden ist, nachdem die letztere am 15. Februar 1896 einen ihr auferlegten Eid dahin geleistet hatte, der Beklagte, ihr Ehemann, habe sie am 18. April 1895 in der gemeinschaftlichen Wohnung wiederholt mit der Faust derart auf den Kopf geschlagen, daß sich auf diesem große Beulen gebildet hätten.

Unter Hinweis auf ihr Unvermögen, sich selbst standesgemäß zu unterhalten, beansprucht die Klägerin, daß der Beklagte ihr vom 11. Mai 1896, dem Tage der Klagzustellung ab, Unterhaltsgeld im Betrage von wöchentlich 4 ℳ, richterliches Ermessen vorbehalten, gewähre.

Das Landgericht hat auf Gewährung eines Unterhaltsbeitrags von wöchentlich 2 ℳ für die Zeit bis zum 31. Juli 1896, d. i. bis zur anderweiten Verehelichung des Beklagten und von 1 ℳ 50 ₰. wöchentlich für die folgende Zeit erkannt und den Beklagten zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt, das Urtheil auch für vorläufig vollstreckbar erklärt.

In theilweiser Beachtung der Berufung des Beklagten hat das Oberlandsgericht den der Klägerin von der Klagzustellung an zu gewährenden Unterhalt auf 1 ℳ wöchentlich herabgesetzt, dagegen im übrigen die Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Der Beklagte hat eingehend die Meinung bekämpft, daß § 1750 des B.G.B.'s nicht sowohl einen Schädenanspruch, als vielmehr einen auf der gegenseitigen Unterhaltspflicht der Eheleute während der Ehe beruhenden Unterhaltsanspruch festsetze, und diese Unterhaltspflicht über den zeitlichen Bestand der Ehe hinaus erweitere. Er macht vorstellig, daß der gegentheiligen Ansicht der Vorzug zu geben sei. —

Das Berufungsgericht hat dieser Anregung keine Folge geben können. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die in den O.L.G. Annalen Bd. III S. 455 flg. veröffentlichte Entscheidung die Frage durchaus nicht endgiltig im Sinne des Beklagten beantwortet, sondern sie ausdrücklich hat dahingestellt sein lassen und nur anerkannt, daß die Anwendung der Vorschrift in § 688 des B.G.B.'s auf den Anspruch des § 1750 in ernstliche Erwägung zu ziehen sei. Wie aber bereits

die Motive zu § 1454 des ersten Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Bd. 4, S. 617 flg. ausführen, tritt bei dem sächsischen Gesetzbuche — in Uebereinstimmung mit dem code civil — der von vielen anderen deutschen Gesetzgebungen für maßgebend erachtete Gesichtspunkt einer Entschädigung mehr in den Hintergrund. Im Vordergrund steht vielmehr die Erwägung, daß in Ansehung des Unterhalts die Ehe für den unschuldigen Ehegatten aus Billigkeit nachwirken soll. Zu vergl. auch Wengler's Archiv, Jahrgang 1890, S. 780 und Annalen des O.L.G.'s Bd. XVI S. 93. Die Richtigkeit dieser Bemerkung der Motive ergiebt sich aus den Bestimmungen der §§ 1750 und 1751.

Hier ist gesagt, daß der unschuldige Ehegatte wegen der etwaigen Vortheile, die er bei Fortdauer der Ehe gehabt hätte, zwar niemals einen Schadenanspruch soll geltend machen können, daß er aber dann, wenn er sich nicht standesgemäß zu unterhalten vermöge, befugt sein solle, vom schuldigen Ehegatten Unterhalt zu fordern, daß jedoch dieses Recht wegfalle, sobald das Bedürfniß aufhöre, oder er, der unschuldige Ehegatte, sich anderweit verehelichе. Diese beiden Umstände, unter denen die Unterhaltspflicht wegfallen soll, zeigen deutlich, daß der Gesetzgeber den in Rede stehenden Anspruch nach denselben Grundsätzen behandelt, die er für den Unterhaltsanspruch maßgebend sein läßt. Denn es ist einleuchtend, daß ein einmal begründeter Schädenanspruch nicht mit dem Bedürfnisse aufhören und mit der anderweiten Verehelichung in Wegfall kommen kann. Der zweite Satz der Motive zu § 1750 des B.G.B.'s, von denen der Beklagte nur den ersten Satz in Betracht zieht, läßt aber auch keinen Zweifel darüber, wie der Gesetzgeber sich den Anspruch gedacht hat. Denn nachdem hier zuerst bemerkt ist, daß die im zweiten Satze des Gesetzentwurfes enthaltene Vorschrift, wenigstens der richtigeren Ansicht nach, schon bisher bei der böslichen Verlassung gegolten habe, wird ausdrücklich hervorgehoben, daß die im Gesetze selbst festgesetzte Verpflichtung mit dem Tode des schuldigen Ehegatten aufhöre, und daß dies aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verpflichtung zur Verabreichung des Unterhalts von selbst folge (§ 1853 des B.G.B.'s, § 1886 des Entwurfs). Hiernach also hat der sächsische Gesetzgeber die Grundsätze, die für Unterhaltsansprüche, nicht die Grundsätze, die für Schädenforderungen gelten, auf den in Rede stehenden Anspruch angewendet. Offenbar war der Gedanke, der zu den Vorschriften der §§ 1750, 1751 geführt hat, der: dem unschuldigen Ehegatten soll auch im Scheidungsfalle ein Schädenanspruch, der dem Eherechte überhaupt fremd ist, nicht zustehen; andererseits soll der schuldige Ehegatte dadurch, daß er geschieden wird, nicht noch seiner Verpflichtung zum Unterhalte ledig werden. Diese Wirkung, Befreiung von der Unterhaltspflicht, soll auch derjenige Ehegatte nicht herbeiführen können, der sich wegen unheilbarer Geisteskrankheit des anderen Theiles scheiden läßt. Auch in diesem letzteren Falle, wo von einem Verschulden irgend eines Theils und von einer Schadenersatzpflicht nicht die Rede sein kann, soll die Unterhaltspflicht bestehen. Aus der auf ständigen Antrag in

das B.G.B. aufgenommenen Bestimmung in § 1751 in Zusammenhalt mit der oben angegebenen Bemerkung der Motive geht ganz deutlich hervor, daß sowohl die Regierung als die Stände nicht sowohl einen Schädenanspruch, als einen Unterhaltsanspruch haben festsetzen wollen.

Der Beklagte verkennt anscheinend selbst nicht, daß in § 1751 an einen Schadenersatzanspruch nicht gedacht sein kann. Er zieht auch die Motive zu § 1750, aber, wie schon gedacht, unvollständig an.

Uebrigens hat schon das Landgericht zutreffend bemerkt, daß, sollte auch die Unterhaltsverbindlichkeit des Beklagten von seinem Standpunkte aus als Schadenersatzpflicht angesehen werden müssen, die Bestimmung in § 688 des B.G.B's kaum zu seinen Gunsten verwerthet werden können. Zu der Annahme wird schwerlich zu gelangen sein, daß die Klägerin bei Beobachtung aller Vorsichtsmaßregeln jede Unterstützung durch den Beklagten würde entbehren können. . .

Es wird weiter als erwiesen angenommen, daß der Beklagte sich am 18. April 1895 so, wie die Klägerin in der Ehesache beschworen, an ihr thätlich vergriffen hat, und betreffs der Höhe des Unterhalts folgendes bemerkt:

Zweifellos ist dargethan, daß die Erwerbsfähigkeit der Klägerin durch Krankheit wesentlich beeinträchtigt, und daß sie nicht im Stande ist, sich selbst allein zu unterhalten. Sie ist daher zum Theil auf fremde Unterstützung unbedingt angewiesen. Diese ihre Bedürftigkeit fällt auch nicht weg, wenn ihre Einlage bei der Sparkasse zu Brand wirklich mehr als 65 *M*, und insbesondere 400 *M*, betragen sollte. Denn abgesehen davon, daß sie bei der Geringfügigkeit des Beitrags, der dem Beklagten in Anbetracht seiner eigenen Erwerbsverhältnisse angesonnen werden kann (siehe weiter unten), in allen Fällen eines größeren Geldbedarfes auf jenen Sparkassenbestand angewiesen sein wird, ist auch nicht nothwendig, daß sie erst den letzten Nothpfennig aufzehrt, bevor der Beklagte angehalten werden kann, sie zu unterhalten.

Zu vergl. auch Annalen des O.L.G.'s Bd. II S. 282.

Wäre lediglich das Bedürfniß der Klägerin entscheidend, so würde auch der vom Landgericht ihr zugesprochene Betrag von 1 *M* 50 ₰. bez. 2 *M* wöchentlich dem Beklagten nicht zur Beschwerde gereichen. Indessen muß bei Bemessung des von letzterem zu gewährenden Unterhaltsbeitrags auch auf die Vermögensverhältnisse des Verpflichteten Rücksicht genommen werden. Denn es können eben nicht die Grundsätze, welche für Schädenforderungen gelten, sondern nur die allgemeinen Grundsätze über die Verpflichtung zur Verabreichung des Unterhalts zur Anwendung kommen. Es war daher zu berücksichtigen, daß der Beklagte seit Ende Juli 1896 wieder verheirathet ist, und daß sein Arbeitsverdienst nur etwa 15 *M* wöchentlich beträgt. Diesen Verhältnissen gegenüber erscheint ein Beitrag von 1 *M* als angemessen. Denn auch dem geltenden sächsischen Rechte ist, wie aus § 1848 des B.G.B.'s zur Genüge hevorgeht, der in § 1603 Abs. 1 des B.G.B.'s für das deutsche Reich ausdrücklich anerkannte Grundsatz

nicht fremd, daß die Unterhaltspflicht blos soweit besteht, als dadurch der Unterhalt des Verpflichteten nicht gefährdet wird und daß alle sonstigen Verpflichtungen des Letzteren in Betracht zu ziehen sind, also im vorliegenden Falle auch die aus der Begründung eines neuen Haushalts sich ergebenden Verbindlichkeiten.

Die Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags auf 1 ℳ wöchentlich auf die ganze Zeit, insbesondere auch auf die kurze Zeit, welche zwischen dem Tage der Klagzustellung und dem der Wiederverehelichung des Beklagten inneliegt, ist erfolgt, weil bei Eingehung jeder Ehe, auch einer zweiten Ehe, für den Mann erfahrungsgemäß Anschaffungen und Aufwendungen nöthig werden, durch die ein großer Theil seiner Einkünfte verbraucht wird.

Zulässigkeit eines Darlehnsvertrags unter Ehegatten? Stillschweigender Verzicht des Ehemannes auf das Verwaltungsrecht.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 25. März 1897. O. I. 199/96.

Die Klägerin lebt von dem Beklagten, ihrem Ehemann, seit Ende August 1895 getrennt. Mit der Klage verlangt sie von ihm die Rückzahlung eines angeblich ihm im Winter 1889/90 von ihr gewährten Darlehns in Höhe von 3000 ℳ s. A. Zur Rechtfertigung dieses Anspruchs hat sie sich auf den Abschluß eines Ehevertrags gestützt, wonach sie sich die völlig freie Verfügung und Verwaltung sowie Nutznießung ihres Vermögens ausdrücklich vorbehalten habe, und weiter behauptet, ihr Ehemann habe sie im Winter 1889/90 um ein Darlehn von 10000 ℳ gebeten, da er der Firma K. und Co. auf deren Dresdener Grundbesitz eine gut verzinsliche Hypothek gewähren wolle. Sie habe ihm diese Bitte zunächst abgeschlagen, schließlich aber ihm 3000 ℳ dargeliehen, wogegen er ihr diese Summe mit 6% jährlich zu verzinsen und die Zinsen in halbjährlichen Terminen zu je 90 ℳ am 1. Mai und 1. November jedes Jahres an sie zu entrichten versprochen habe. Dies habe er auch jederzeit pünktlich eingehalten. Erst mit der am 1. Mai 1896 fällig gewesenen Zinszahlung sei er im Rückstand geblieben. Als sie sich Ende August 1895 von ihrem Ehemann getrennt, habe sie die 3000 ℳ von ihm verlangt; er habe gesagt, er werde der Firma K. und Co. das Geld kündigen und es dann sofort an sie zurückzahlen. Damit sei sie einverstanden gewesen.

Der Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt und insbesondere bestritten, daß ein Ehevertrag des von seiner Frau behaupteten Inhalts zu Stande gekommen sei. Nach seiner Darstellung hat er der Klägerin die Verwaltung ihres Vermögens thatsächlich und ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein, überlassen und hätten sich die von der Klägerin behaupteten Zahlungen auf ein ganz anderes Rechtsgeschäft, keinesfalls auf ein ihm von ihr gewährtes Darlehn bezogen.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen.

In zweiter Instanz wurde die Klagabweisung wegen der Zinsen bestätigt, dagegen wegen des Hauptstammes auf einen Eid der Klägerin dahin erkannt, daß sie bei den die Darleihung der 3000 ℳ betreffenden Verhandlungen zu ihrem Ehemanne erklärt habe, sie selbst wolle mit der Firma K. und Co. nichts zu thun haben und ihm — dem Beklagten — das Geld geben.

Für den Fall der Eidesleistung wurde die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 3000 ℳ, für den entgegengesetzten Fall auch insoweit die Klagabweisung ausgesprochen.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt ausschließlich von Beantwortung der Frage ab, wer die streitigen 3000 ℳ dargeliehen erhalten hat. Wäre die Darlehnsempfängerin die Firma K. und Co. gewesen, so würde die Klage, gleichviel ob zwischen den Parteien ein Ehevertrag zu Stande gekommen oder nicht, der Abweisung schon um deswillen nicht entgehen können, weil in diesem Falle die Klägerin einen Anspruch auf Rückgewährung des Darlehns nur gegen die genannte Firma und nicht gegen den Beklagten haben würde.

Wäre dagegen das Darlehn dem Beklagten gewährt worden, so würde allerdings die Frage entstehen können, ob die Klägerin mit ihrem Ehemann, dem Beklagten, während des Bestehens der Ehe über einen Theil ihres Vermögens in gültiger Weise einen Darlehnsvertrag abschließen konnte. Das Berufungsgericht hat diese Frage zu bejahen kein Bedenken getragen.

Durch Einverständniß der Parteien steht fest, daß die Klägerin bei Eingehung der Ehe ihr Vermögen mit Wissen ihres Ehemanns in eigner Verwaltung behalten, diesem also nicht eingebracht hat. Es unterlag ausschließlich der freien Willensbestimmung des Beklagten, von dem ihm zustehenden Verwaltungsrecht keinen Gebrauch zu machen. Keine gesetzliche Verpflichtung konnte ihn hieran hindern. Dadurch, daß er das Verwaltungsrecht nicht in Anspruch nahm, wurde ein thatsächlicher Zustand hergestellt, der bis zu dessen Aufhebung während der Ehe fortbestand und die Klägerin in die Lage versetzte, in Ausübung des ihr überlassenen Verwaltungsrechts über ihr nicht eingebrachtes Vermögen mit dem Beklagten Verträge mit rechtlicher Wirksamkeit abzuschließen,

vergl. Annalen des Oberlandesgerichts Band 13, Seite 473.

Hätten daher die Parteien einen Darlehnsvertrag mit einander abgeschlossen, so würde er rechtliche Wirkung haben und deßhalb der Beklagte zu dessen Erfüllung verpflichtet sein. Demgegenüber würde ihm auch nicht das Recht zugestanden werden können, die Illation der streitigen Forderung vor der Erfüllung des Vertrags zu beanspruchen, da dies in unmittelbarem Widerspruch mit dem Vertragswillen der Parteien stehen würde.

Dagegen berechtigt die eigne Darstellung der Klägerin nicht zu der Annahme, daß der Beklagte auch auf sein Nießbrauchsrecht verzichtet habe. Die Klägerin hat bei ihrer persönlichen Befragung selbst nicht behaupten können, daß sich der Beklagte verpflichtet habe, die 3000 ℳ zu verzinsen. Wenn sie gleichwohl von ihm

Zinsen erhalten hat, so läßt sich daraus noch nicht ein Verzicht auf den Nießbrauch oder ein Verlust dieses Rechts folgern. Es folgt daraus nur, daß er etwas geleistet hat, wozu er an sich rechtlich nicht verpflichtet war. Denn Verzichte sind streng auszulegen — § 135 des B.G.B.'s und die unterlassene zeitweilige Verfolgung eines Rechts vermag auch im Verhältnisse zwischen Eheleuten nicht ohne weiteres dessen Verlust zu begründen,

vergl. Annalen des Oberlandesgerichts a. a. O., Wenglers Archiv, Jahrgang 1876 Seite 27.

Dies hat zur Folge, daß die Klägerin auch, wenn sie mit dem Beklagten einen Darlehnsvertrag über die 3000 *M* abgeschlossen haben sollte, keinen Anspruch auf Zahlung der davon geforderten Zinsen haben würde. Insoweit, als die eingelegte Berufung auch dagegen sich richtet, daß die Klage wegen des erhobenen Zinsenanspruchs abgewiesen worden ist, war deßhalb dem Rechtsmittel Beachtung zu versagen. . . .

Es wurde sodann ausgeführt, daß, da keine Partei für ihre Behauptungen Beweis erbracht habe, auf den von der Klägerin dem Beklagten zugeschobenen ihr zurückgegebenen Eid über die Aeußerung, die sie bei den Verhandlungen über die Gewährung des Darlehns gethan haben will, zu erkennen sei.

Haftet der kaufmännische Agent Dritten gegenüber, mit denen er für seinen Auftraggeber in Verbindung tritt, für Verschulden? Anrechnung der Versicherungssumme auf die Schädenforderung? (Art. 282 des H.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 9. Juni 1896. O. IV. 113/95.

Der ursprüngliche Kläger R. war Vertreter der Firma Jules Renard & Cie. in Melbourne und Sydney, welche in Australien kommissionsweise den Einkauf von Schafwolle besorgt. Am 30. Oktober 1892 beauftragte dieselbe der Beklagte durch Vermittelung des Agenten R. mit dem Einkauf von

500 Ballen pieces more or less faulty wools für mittleren A-Zug, gutfarbig und gutnaturig 3 Fr. 40 Ct. p. Kilo reingewaschen ohne Waschspesen cif. Bremen.

Mit Brief vom 12. November 1892 meldete R. irrthümlicherweise die Ausführung des Auftrages, eine Meldung, die er auf Verlangen des Beklagten mit Zuschrift vom 15. desselben Monats vervollständigte. Der Beklagte, welcher erst am 31. Dezember 1892 erfuhr, daß der Auftrag nicht ausgeführt worden sei, fordert vom jetzigen Kläger als dem Vertreter des R.'schen Nachlasses unter der Behauptung, daß er durch die unrichtige Ausführungsanzeige einen Schaden von 6856 *M* 20 *₰* erlitten habe, auf dem Wege der Widerklage Zahlung dieser Summe nebst Zinsen zu 6 % jährlich seit dem 3. Mai 1893. Nach dem Dafürhalten des Berufungsgerichts hatte R. dem Beklagten für den ihm durch die irr-

thümliche Einkaufsanzeige verursachten Schaden aufzukommen, wenn er sich auch nicht hierzu besonders verpflichtet haben sollte.

Zufolge der Darstellung, welche der Beklagte über die Ursachen des Irrthums gegeben hat*) und welche, da sie vom Kläger nicht bestritten worden, für zugestanden anzusehen ist, hat R. die falsche Benachrichtigung durch Außerachtlassung der Vorsicht eines ordentlichen Kaufmanns verschuldet. Allerdings ist dem Beklagten nicht beizutreten, wenn er meint, es habe die Depesche der Firma Jules Renard & Cie. von R. nicht anders verstanden werden können, als daß die Worte „500 Ballen pieces" mit „Günther Keil" in Verbindung zu bringen seien; denn wenn er auch wegen der für Keil eingekauften 500 Ballen eine Auskunft zu erwarten hatte, so war doch diese Auskunft nur über die Qualität gefordert worden und hatte die Firma Jules Renard & Cie. — wie wenigstens in Ermangelung besonderer Gründe angenommen werden muß — nicht nöthig, hierbei den Gegenstand des Keil'schen Auftrages auch der Quantität nach nochmals zu bezeichnen. Jedenfalls war aber das Telegramm zweideutig. Da sowohl der Auftrag Keil's, wie derjenige des Beklagten einen Posten von 500 Ballen pieces zum Gegenstand hatte, so mußte sich R. vergegenwärtigen, daß die Worte „500 Ballen pieces" nicht nur auf den Beklagten, sondern auch auf G. K. zu beziehen sein könnten. Er setzte daher die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns bei Seite, wenn er die Depesche ohne weiteres dahin verstand, daß der eben erwähnte Auftrag des Beklagten ausgeführt sei, und demselben den Eingang der Ausführungsanzeige als eine zweifellose Thatsache meldete.

---

*) Der Beklagte hatte in dieser Beziehung geltend gemacht, Günther Keil in Leipzig und der Beklagte Müller, ein jeder unabhängig vom anderen, hätten die Firma Jules Renard & Cie. durch den Kläger zum Ankauf verschiedener Wollen beauftragt, G. K. unter Bezeichnung verschiedener Qualitäten. Die Firma Jules Renard & Cie. habe dem Kläger R. die Ausführung des K.'schen Auftrags gemeldet, ohne anzugeben, in welchen Qualitäten der Einkauf bewirkt worden sei. R. habe deshalb durch Kabeltelegramm angefragt, in welchen Qualitäten dieser Auftrag ausgeführt sei, und die Firma Jules Renard & Cie. in Schlüsselsprache geantwortet:

Hermann E. Müller 200 Ballen fleeces 500 Ballen pieces Günther Keil in Qualität 17 und 18 ausgeführt.

Das Telegramm habe besagen sollen, daß 200 Ballen fleeces für den Beklagten, 500 Ballen pieces Qualität 17 und 18 für Günther Keil eingekauft seien. Richtig redigirt würde das Telegramm gelautet haben:

Hermann E. Müller 200 Ballen fleeces, Günther Keil 500 Ballen pieces in Qualität 17 und 18 ausgeführt.

Der Kläger R. habe bei dem Telegramm bei Anwendung gehöriger Sorgfalt diesen Sinn entnehmen müssen; die Depesche sei die Antwort auf seine Anfrage gewesen, in welchen Qualitäten der Ankauf der 500 Ballen pieces für Günther Keil ausgeführt sei.

R. hätte, als er dem Beklagten den Ankauf der 500 Ballen pieces meldete, wie jeder sorgfältige Vertreter überseeischer Häuser, mindestens hinzufügen müssen: „Richtige Uebersetzung des Kabels vorbehalten."

Der Kaufmann R. war nun dem Beklagten vertragsmäßig verpflichtet, bei Vermittelung der Korrespondenz zwischen diesem und dem Kommissionär wahrheitsgemäße Angaben zu erstatten, und machte sich ihm, nach § 728 des B.G.B.'s verb. Art. 282 des H.G.B.'s verantwortlich, wenn er diese Obliegenheit durch Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verletzte. Er trat zwar dem Beklagten, indem er als Agent der Firma Jules Renard & Cie. einen Einkaufsauftrag entgegennahm, als Beauftragter dieses seines Prinzipals gegenüber; wie jedoch überhaupt derjenige, der als Agent eines Kaufmanns gewerbmäßig Handelsgeschäfte mit dritten vermittelt, auch zu letzteren ähnlich dem amtlich bestellten Handelsmäkler, in ein Vertragsverhältniß tritt — siehe

Entsch. des vorm. Reichs-O.H.G.'s Bd. 4 S. 415; Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. 4 Nr. 646 und Entsch. des Reichsgerichts Bd. 20 S. 37, sowie Behrend, Lehrb. des Handelsrechts § 59 verb. H.G.B. a. 81 —

so muß dies ganz besonders in einem Falle der vorliegenden Art angenommen werden, da der überseeische Wolleinkaufskommissionär und sein hierländischer Kommittent mit einander nicht nur über den Abschluß, sondern auch über die Ausführung des Kommissionsgeschäfts durch Vermittelung des Agenten verkehren, während es doch für den Kommittenten mit außerordentlichen Schwierigkeiten verknüpft ist, jenen aus Versehen, welche vom Agenten bei seiner Vermittlerthätigkeit begangen werden, mit Erfolg zu belangen. Wenn daher von dem Beklagten dem Agenten R. der obenerwähnte Auftrag zur Beförderung an sein Haus übergeben und von R. derselbe zu diesem Zwecke übernommen wurde, so wurde vom Beklagten vorausgesetzt, daß sich derselbe damit verpflichte, bei Vermittelung des Verkehrs zwischen seinem Hause und dem Beklagten genaue Anzeigen zu erstatten, und dies von dem Agenten R. stillschweigend versprochen. Seine Entschädigung für die Uebernahme dieser Haftung findet der Agent in der Provision, welche ihm der Kommittent durch seinen Auftrag für den Fall, daß derselbe zur Ausführung kommt, zuwendet.

Es wurde weiter ausgeführt, daß der Beklagte durch R.'s Versehen erwiesener Maßen einen Schaden in Höhe der Widerklagforderung erlitten habe und der Einwand des Klägers, es müsse sich der Beklagte die Entschädigung, die er von der Versicherungsgesellschaft für havarirte 245 Ballen erhalten habe, von seiner Schädenforderung kürzen lassen, zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Es würde sich zwar die Forderung des Beklagten vielleicht dann mindern, wenn sich der Beklagte, wie Kläger geltend macht, denjenigen Betrag auf seinen Schaden anrechnen lassen müßte, um welchen etwa die ihm für die havarirten 245 Ballen von der Versicherungsgesellschaft gezahlte Entschädigung die Einkaufskosten übersteigt. Dieses Verlangen des Klägers ist jedoch unberechtigt. Denn der Grundsatz, daß, wenn eine Thatsache nicht blos Nachtheil, sondern auch Vortheil hervorgebracht hat, nur dasjenige als Schaden anzusehen ist, was nach Ab-

zug des Vortheils verbleibt, leidet keine Anwendung, wenn sich der Geschädigte den Vortheil auf eigne Kosten durch einen von ihm eingegangenen Versicherungsvertrag verschafft hat. Zu vergl. Annalen des Königl. Oberlandesgerichts Bd. 9 S. 352 und Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 51. Im vorliegenden Falle kann jener Satz um so weniger für anwendbar erachtet werden, als Versicherungen der fraglichen Art für den Kaufmann nicht den Zweck und Erfolg haben, in Verlustfällen Schadenersatz zu erlangen, sondern den, einen etwaigen Schaden, damit er desto leichter getragen werden könne, in Form von Versicherungsprämien auf einen längeren Zeitraum zu vertheilen; denn für einen Kaufmann bringt es der ordnungsmäßige Geschäftsbetrieb mit sich, die für seine Rechnung zur See verladenen Waaren regelmäßig zu versichern, und die Summen, welche er in einzelnen Fällen auf Grund der Versicherung für Verluste bezahlt erhält, werden im Laufe der Zeit durch die Versicherungsprämien in der Regel ausgeglichen und sogar überstiegen werden. Es wäre daher irrig, wenn man annehmen wollte, der Beklagte habe, wie das Verlangen des Klägers zu seiner Beachtung mindestens voraussetzt, durch Empfang der Versicherungssumme etwas gewonnen.

Haftung der Handelsfrau, die zuläßt, daß neben ihrem Gewerbebetriebe durch ihren Ehemann ein gleichartiges Geschäft betrieben wird, ohne die Trennung beider Geschäfte nach Außen hin erkennbar zu machen, für die von ihrem Ehemann bewirkten Bestellungen? (Art. 10 des H.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 23. Oktober 1894. O. IV. 163/93.

Der Kläger, ein Mühlenbesitzer, betreibt Handel mit Broden, Mehl, Kleie und andern Mühlenprodukten; die Beklagte, verehelichte M., betreibt seit Juni 1891 ein Produktengeschäft in offenem Laden. Kläger fordert von der Beklagten Bezahlung einer größeren Summe für ihr in der Zeit vom 7. April 1892 bis 21. November 1892 geliefertes Brod, Mehl und Kleie.

Die Beklagte bestreitet ihre Verpflichtung aus dem Grunde, weil nicht sie, sondern ihr Ehemann, der unabhängig von ihrem Produktengeschäfte den Handel mit Brod und Mühlenprodukten im Umherfahren betreibe, mit dem Kläger in Geschäftsverbindung gestanden habe.

Das Nähere ergiebt sich aus den Gründen der zweitinstanzlichen Entscheidung, in der die Beklagte zur Bezahlung des Kaufpreises für verpflichtet erklärt wurde.

Den Gegenstand der klägerischen Lieferungen haben nach dem der Klage zu Grunde gelegten Beibuche und den sich auf dasselbe beziehenden Erklärungen der Beklagten sowohl Brod als auch andere Mühlenerzeugnisse gebildet, wie solche erfahrungsgemäß in den mit dem Detailverkaufe sich beschäftigenden sog. Produktengeschäften geführt zu werden pflegen. Während nun der Ehemann der Beklagten bis zur Zustellung der gegenwärtigen Klage unbestritten einen Gewerbebetrieb bei

der Gewerbepolizeibehörde überhaupt nicht zur Anmeldung gebracht hatte, ist die Beklagte selbst bereits seit dem 27. Juni 1891 Inhaberin eines Produktengeschäftes und als solche während des gesammten Zeitraumes, auf welchen sich die streitigen Lieferungen ertheilen, polizeilich gemeldet gewesen. Die Beklagte ist ferner nicht abredig, daß dieser ihr Geschäftsbetrieb unter Genehmigung ihres Ehemanns vor sich gegangen sei, und will nur gleich dem letzteren eine Unterscheidung zwischen dem von ihrer Geschäftsstelle aus und dem außerhalb derselben betriebenen Handel in dem Sinne aufstellen, daß der erstere das Geschäftsunternehmen der Beklagten und davon unabhängig der auswärtige Handel dasjenige des Ehemannes gebildet habe. Diese Unterscheidung läßt sich jedoch nicht als eine durch die thatsächlichen Verhältnisse begründete anerkennen; vielmehr ist anzunehmen, daß beide Geschäftsbetriebe sich in der Person der Beklagten vereinigt haben. Es ist im Verkehr durchaus nichts Ungewöhnliches, daß sich mit dem stehenden Gewerbebetriebe ein Handel im Umherziehen verbindet; mit letzterem bedient sich der Gewerbtreibende nur einer der Befugnisse, die ihm das stehende Handelsgewerbe nach dem Gesetze verleiht. So kommt beispielsweise der Kohlen- und der Grünwaarenhandel vielfach in der Weise vor, daß neben dem Verkaufe von einer offenen Geschäftsstelle aus ein Vertrieb im Straßen- oder Marktverkehre stattfindet, beide Betriebsformen aber einem einheitlichen Geschäftsunternehmen dienen. In gleicher Weise kann sich der Produktenhandel im Allgemeinen und speziell der Handel mit Brod und sonstigen Mühlenerzeugnissen gestalten. Je mehr ein derartiger Betrieb in den Schranken des Kleinhandels bleibt, um so mehr werden als Gehilfen für den außerhalb der Geschäftsstelle stattfindenden Handel Angehörige des Geschäftsinhabers auftreten, denen in den Augen des Publikums an sich schon die Vermuthung zur Seite steht, daß sie nur als Hilfspersonen und nicht als selbständige Gewerbtreibende thätig sind.

Hierbei wurde weiter darauf Gewicht gelegt, daß die Beklagte den Produktenhandel gewerbepolizeilich angemeldet, daß von ihrem Geschäftslokale auch der Handel im Umherfahren seinen Ausgangspunkt genommen, daß sie die für den Hausirhandel bestimmten Waaren meist selbst in ihrem Laden entgegengenommen und daß sie das Bestehen einer Trennung der beiden Geschäfte nicht zum Ausdruck gebracht, auch an ihrem Laden eine nicht zu einer Aufklärung des Sachverhältnisses dienende Bezeichnung: „Fischhaus N. — der Name ihres Wohnorts — angebracht hatte.

Die Gründe fahren dann fort:

Da der Ehemann der Beklagten von einem Gläubiger erfolglos gepfändet, ein eigenes Geschäft nicht betreiben konnte, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, unter Zwangsvollstreckungen Störungen in seinem Geschäftsbetriebe zu erleiden, so ist es erklärlich, daß er, um seiner Familie den Lebensunterhalt zu verschaffen, das Geschäft mit den Mitteln und auf den Namen seiner Frau errichtete und fortan nur als deren Geschäftsführer thätig wurde. So vereinigten sich alle Um-

stände, um den Hausirhandel nach Außen zu nur als einen Zweig des von der Beklagten angemeldeten Produktenhandels erscheinen zu lassen, während andererseits weder von der Beklagten noch Seiten ihres Ehemanns etwas gethan worden ist, um der Entstehung dieser Auffassung entgegenzutreten. Bei dieser Sachlage läßt sich die Folgerung nicht abweisen, daß nach Außen zu die Beklagte als Inhaberin des Geschäftes in dessen ganzem, den Hausirhandel in sich schließenden Umfange aufgetreten ist und demgemäß dem Publikum gegenüber als solche zu gelten hat, ohne auf die behauptlich abweichende Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses zu dem Ehemanne, und die nach Außen zu nicht hervorgetretene angeblich getrennte Buch- und Kassenhaltung, gegen deren wirkliche Durchführung übrigens, was wenigstens die letztere anlangt, alle Wahrscheinlichkeit spricht, sich wirksam berufen zu dürfen. In dieser Beziehung schlägt der in der Praxis wiederholt anerkannte Rechtsgrundsatz ein, daß derjenige, welcher duldet, daß ein Handelsgewerbe unter seinem Namen von einem Dritten betrieben wird, ohne Rücksicht auf den Charakter der zwischen ihm und dem Dritten bestehenden rechtlichen Beziehungen, den Gewerbebetrieb als den seinigen dem Publikum gegenüber anzuerkennen verbunden ist. Dieser Grundsatz findet zwar seine hauptsächlichste Anwendung in den Fällen, wo es sich — wie bei der Entscheidung des Reichs-O.H.G.'s Bd. 21 S. 305 — um die Einwilligung des Inhabers einer im Handelsregister eingetragenen Firma zur Führung des unter dieser Firma bestehenden Geschäftes handelt. Seine Geltung ist jedoch nicht auf solche Fälle zu beschränken. Die den Satz rechtfertigende Rücksicht auf das Interesse des Publikums an der Sicherheit über die Person dessen, der ihm im Geschäftsverkehr als Kontrahent gegenübertritt, erheischen auch die den Firmenvorschriften insbesondere durch Art. 10 des H.G.B.'s entzogenen Verkehrsgebiete. Der, wennschon nicht öffentlich bekannt gegebenen, so doch der öffentlichen Kenntniß zugänglich gemachten und für sie bestimmten Kundgebung, welche in der gewerbepolizeilichen Anmeldung liegt, ist in Fällen der vorliegenden Art um so größeres Gewicht beizulegen, als gerade das eheliche Verhältniß — die äußere gleich nahe Beziehung beider Eheleute zu dem von nur Einem derselben betriebenen Gewerbe — die Erkennbarkeit der Inhaberschaft für den Dritten erschwert und die Verdunkelung der wahren Sachbewandtniß für die Eheleute erleichtert.

Bestanden aber nicht zwei getrennte Handelsgeschäfte, sondern nur ein einziges, dessen Inhaberin die Beklagte war und welches von deren Geschäftsstelle aus theils unmittelbar, theils im Wege des Umherfahrens betrieben wurde, so muß sich die Beklagte als Mitkontrahentin des Klägers behandeln lassen. Für Kaufverträge, welche über Waaren geschlossen werden, wie sie in dem betreffenden Geschäftsbetriebe geführt und gebraucht werden, bedingt die Natur der Verhältnisse für beide Theile die Annahme, daß der Kauf für den Inhaber des Geschäfts eingegangen werden solle, ohne daß auf die Persönlichkeit desselben oder darauf, ob er es selbst ist oder ein Vertreter von ihm, welcher den Handel abschließt, etwas

ankommt. Wer von den beiden Eheleuten bestellt hat, ist daher ebenso unerheblich, wie die Frage, mit welchem von Beiden der Kläger zu verhandeln glaubte; hat der Kläger, von dem vermuthet werden könnte, daß er in der That der Beklagten zu liefern beabsichtigte (denn er hatte sich nach dem Inhaber des Geschäftes erkundigt und erfahren, daß es die Beklagte sei), gleichwohl das für den Käufer bestimmte Beibuch, Lieferscheine, Rechnungen und Mahnungen u. s. w. auf den Namen des Ehemannes gestellt und sich bisweilen so ausgesprochen, als ob er den letzteren als Inhaber des Geschäftes ansehe, so erscheint dies ungünstigstenfalls als Wirkung einer für das Rechtsgeschäft selbst bedeutungslosen Unsicherheit über die Inhaberschaft des Geschäfts, bildet aber kein Anzeichen dafür, daß der Kläger schlechterdings nur den Ehemann der Beklagten und keine andere Person als seinen Abkäufer habe betrachtet wissen wollen.

Von Erheblichkeit würde es dagegen sein, wenn dem Kläger von Anfang an ausdrücklich erklärt worden wäre, daß die Bestellungen nicht für die Beklagte und deren Produktengeschäft, sondern ausschließlich für Rechnung des Ehemannes gelten sollten, da dieser den Handel im Umherfahren nicht für das Ladengeschäft seiner Ehefrau, sondern auf eigene Rechnung betreibe und nur für diesen die vom Kläger zu liefernden Waaren bestimmt seien. Denn dann würde die Bestellung des Ehemannes für sich in einen solchen Gegensatz zur Bestellung seiner Ehefrau, zu der Lieferung an diese gestellt worden sein, daß die Eigenschaft des Ehemannes als Mitcontrahenten des Klägers für die erste wie alle folgenden Lieferungen, wenn nicht bei letzteren unzweideutig etwas Anderes vereinbart wurde, außer Zweifel gestellt worden wäre. Die hierauf gerichtete Behauptung der Beklagten stellt sich unter den vorliegenden Umständen, welche an und für sich die Beklagte als die Mitcontrahentin des Klägers erscheinen lassen, als ein selbständiges Vertheidigungsmittel der Beklagten dar, über welches der von der letzteren angetragene, vom Kläger angenommene Schiedseid diesem nach § 426 Abs. 2 der C.P.O. durch Beweisbeschluß auferlegt werden konnte. Nachdem Kläger diesen Eid geleistet hat, steht das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache fest.

Was aber die Erfüllung der hiernach durchweg zwischen den Parteien abgeschlossenen Lieferungsverträge anlangt, so braucht nicht festgestellt zu werden, daß die Waaren, deren Lieferung unbestritten erfolgt ist und auf deren Bezahlung sich gegenwärtig der Klaganspruch beschränkt, sämmtlich der Beklagten persönlich übergeben worden sind. Denn, wie der Kläger als ihr Geschäftsführer zu deren Bestellung, so war er auch zu deren Empfangnahme an Stelle der Beklagten ermächtigt. *)

*) Dieselben Grundsätze wurden ausgesprochen in den Entscheidungen vom 25. September 1894 (O. IV. 116/93) und vom 5. März 1897 (O. IV. 4/97). In der ersten Sache hatte die, auf Bezahlung von Brod und Mühlenprodukten verklagte Ehefrau den Betrieb eines Produktengeschäfts, ihr Ehemann den eines Agentur- und Kommissionsgeschäfts angemeldet. In der zweiten Sache hatte der Ehemann der Beklagten, die auf Bezahlung des

Miethvertrag über ein Fabrikgrundstück zugleich mit einem Vertrage auf Lieferung der Dampfkraft. Kommt der Entschädigung für die Lieferung auch das Absonderungsrecht des § 41 Z. 4 der Konk.O. zu? (auch § 293 der C.P.O.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 16. Februar 1897. O. III. 144/96.

Der Kläger hat mit dem am 5. April 1895 in Konkurs verfallenen Kaufmann K. in Chemnitz in einem Miethverhältniß gestanden dergestalt, daß K. behufs seiner Fabrikation von Strumpfmaschinen gewisse Räume in einem Gebäude des Klägers für einen — zuletzt auf 3400 ℳ jährlich sich belaufenden — Zins innehatte und gleichzeitig vom Kläger die zu diesem Geschäftsbetrieb erforderliche Dampfkraft geliefert erhielt und zwar zu einem Preise von 350 ℳ — jährlich für jede indicirte Pferdekraft. Dieses Vertragsverhältniß ist zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter bis zum 31. März 1896 fortgesetzt worden. Gestützt hierauf hat Kläger gegen den Konkursverwalter die vorliegende Klage erhoben, in welcher er den Miethzins für die dem Konkurs zur Benutzung überlassenen Lokalitäten in der für die ersten drei Monate des Jahres 1896 sich herausstellenden Höhe von 725 ℳ s. Anh. als eine Masseschuld und unter Vorbehalt der Entschädigung für die dem Konkurse gewährte Dampfkraft einfordert. Der Beklagte hat diese Forderung als eine an sich begründete anerkannt, ihr jedoch eine (auf 738 ℳ 89 ₰. sich belaufende) Gegenforderung aufrechnungsweise entgegengestellt. Von der ersten Instanz ist diese Einrede für unbeachtlich erachtet und demgemäß der Beklagte zur Bezahlung der geklagten 725 ℳ sammt gebetenen Verzugszinsen aus der Konkursmasse und zur Tragung der Prozeßkosten aus derselben Masse verurtheilt worden.

In zweiter Instanz wurde das landgerichtliche Urtheil dahin abgeändert:

Es wird festgestellt, daß die geklagte Stammforderung an sich begründet ge-

---

Kaufpreises für Heringe belangt wurde, bis zu seinem Konkurse einen Heringshandel auf einem öffentlichen Platze in Dresden betrieben. Nachdem er das Geschäft polizeilich abgemeldet, hatte die Beklagte den Heringshandel bei der Gewerbepolizei angemeldet; einige Zeit später hatte wieder der Ehemann, ohne sein Gewerbe anzumelden, den Fischhandel im Umherziehen betrieben; beide Ehegatten hatten, da ihre Vornamen mit dem nämlichen Buchstaben anfingen, die gleiche Firma geführt. In beiden Sachen wurde die Beklagte unter Verwerfung ihres Einwandes, daß die Waare für das Geschäft ihres Ehemannes geliefert worden seien, zur Zahlung verurtheilt; in den Gründen der zweiten Entscheidung wurde besonders noch hervorgehoben, daß es nicht darauf ankomme, wie die Eheleute unter sich ihre geschäftlichen Beziehungen geregelt, ob sie miteinander einen völlig getrennten Geschäftsbetrieb vereinbart hätten, sondern allein darauf, wie der Geschäftsbetrieb nach Außen zur Erscheinung getreten sei.

Die hier mitgetheilten Entscheidungen beweisen übrigens, wie nothwendig eine gesetzliche Vorschrift ist, nach welcher Kaufleute und Gewerbtreibende ihren vollständigen Namen an ihrem Geschäftsraume deutlich erkennbar anbringen müssen (vergl. jetzt die Sächs. Verordnung v. 21. Mai 1897, G. u. V.Bl. S. 83).

wesen, aber vom Beklagten durch Aufrechnung getilgt worden ist und wird deshalb der Kläger mit dem erhobenen Anspruche abgewiesen.

In den Gründen wird es zunächst als unbestritten angesehen, daß der Beklagte in Bezahlung der geforderten 725 ℳ zu verurtheilen sein würde, wenn nicht die vom Letzteren gebrauchte Einrede der Aufrechnung sich als begründet erweisen sollte und weiter bemerkt:

Der Beklagte hat seinen Gegenanspruch darauf gestützt, daß der Kläger diejenigen 738 ℳ 89 ₰., welche er am 22. September 1895 von dem Bureauvorsteher des Beklagten für die dem Gemeinschuldner in der Zeit vom 1. Januar 1895 bis zum Tage des Konkursausbruchs (bis zum 5. April desselben Jahres) gewährte Dampfkraft bezahlt erhalten habe, wieder herauszuzahlen verbunden sei. Der Beklagte erblickt in dieser Zahlung die irrthümliche Leistung einer Nichtschuld, da er nur verpflichtet gewesen sei, dem Kläger wegen derjenigen Ansprüche unverkürzte Befriedigung zu gewähren, welche mit einem Absonderungsrechte (§ 41 Ziffer 4 der Konk.-Ordng. verb. mit dem R.-Ges. vom 9. Mai 1894 (R.G.Bl. 1894, Seite 439) ausgestattet gewesen seien, was bezüglich jener Entschädigung für die dem Gemeinschuldner gelieferte Dampfkraft nicht der Fall sei. Die Parteien stimmen darin überein, daß der Kläger nur in dem Falle berechtigt sein solle, die Zahlung der 738 ℳ 89 ₰. zu behalten, wenn nicht blos der für die Einräumung der Miethlokalitäten, sondern auch die für die Lieferung der Dampfkraft erwachsene Forderung des Klägers gegen den Gemeinschuldner eine mit dem obgedachten Absonderungsrechte versehene war — eine Auffassung, welche jedenfalls als maßgebend anzusehen ist für die Entscheidung des Rechtsstreits.

Die erste Instanz nun hat das in § 41 der Konk.-Ordng. dem Vermiether „wegen des rückständigen Zinses sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse" eingeräumte Absonderungsrecht auch auf jene Entschädigung für die dem Gemeinschuldner gelieferte Dampfkraft erstrecken zu müssen geglaubt, indem sie hierbei einer diese Frage behandelnden Entscheidung des Reichsgerichts (s. dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 33 S. 47) und der Erwägung gefolgt ist, daß es den Parteien bei Abschluß der Verträge in erster Linie auf die Ueberlassung der betreffenden Lokalitäten an den Gemeinschuldner und auf die Regelung dieses Miethverhältnisses angekommen, die Bestimmung aber, betreffend die Lieferung der Dampfkraft, ihnen nur als eine Nebenbedingung erschienen sei.

Dieser letztere Entscheidungsgrund läuft nicht sowohl auf eine Feststellung einer greifbaren, bestimmten Thatsache, als vielmehr auf ein Urtheil hinaus, dessen Richtigkeit die gegenwärtige Instanz nachzuprüfen außer Stande ist.

Hervorgehoben mag zunächst in dieser Richtung werden, daß in den Verträgen die Vergütung für die Einräumung der Lokalitäten und diejenige für Gewährung der Dampfkraft besonders ausgeworfen sind und beide sich, ihrer Höhe nach, anfänglich so ziemlich die Waage hielten, indem sich die erstere auf jährlich

2500 *M* belief, während die letztere bei voller Benutzung der den Ermiethern zur Verfügung gestellten Dampfkraft auf 2100 *M* anstieg, welches Zahlenverhältniß erst später durch den Nachtragsvertrag sich insofern änderte, als die Gegenleistung für Einräumung der Lokalitäten die Höhe von 3400 *M* jährlich erreichte. Aber auch bei letzterem Größenverhältniß läßt sich nicht sagen, daß die Vergütung für die Dampfkraft eine untergeordnete, nur nebensächliche Rolle gespielt habe.

Hiernächst ist ins Auge zu fassen, daß in jenen Verträgen die Gegenleistung für die Einräumung der Lokalitäten als „Miethpreis" — „Miethzins" —, diejenige für Gewährung der Dampfkraft als „Preis" — als „Entschädigung, welche gleichzeitig mit den Miethzinsraten zu gewähren sei", bezeichnet werden — ein Beweis, daß die Vertragsschließenden sich der verschiedenartigen Natur beider Gegenleistungen wohl bewußt gewesen seien.

Weiter mag es wohl sachlich nicht unzutreffend befunden werden, wenn man von einem Miethverhältniß wie das vorliegende ist — dergleichen in fabrikreichen Gegenden bekanntlich nicht selten vorkommen — sagt, es werde vom Vermiether dem anderen Theile die Miethsache in einer besonders ausgestatteten Weise geleistet; genau betrachtet aber erweist sich diese Auffassung dennoch als nicht stichhaltig, da die Benutzbarkeit eines Miethraumes auf einer permanenten Beschaffenheit desselben beruht, während das Hinzukommen der Dampfkraft nicht denkbar ist ohne eine Thätigkeit desjenigen, welcher es übernommen hat, die Dampfkraft zu erzeugen und in die Miethräume hineinzuleiten — eine Thätigkeit, welche nicht einmal stets an die Person des Vermiethers geknüpft ist, da es recht wohl auch als denkbar erscheint, daß die zu einem Fabrikbetrieb erforderliche Dampfkraft aus einer andern, als aus der Hand des Vermiethers, z. B. von einem Nachbargrundstücke her bezogen werde. — Dieser Unterschied, welcher zwischen der Vermiethung einer Sache zum bloßen Gebrauch und der Lieferung einer — immer neu zu erzeugenden — Dampf- oder Heizkraft zum Verbrauch durch die Natur der Sache hervortritt, hat sich besonders geltend gemacht in dem in den Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 15 S. 345 flg. mitgetheilten Falle, wo es sich um die Frage handelt, ob der Erwerber des Miethgrundstücks die in § 1225 des B.G.B.'s geordnete Kündigungsfrist auch bezüglich der Dampfkraft innezuhalten habe, deren Mitlieferung von seinem Vorbesitzer dem Abmiether gegenüber übernommen worden war. Diejenigen Gesichtspunkte, die a. a. O. vom Oberlandesgericht für die Verneinung dieser Frage geltend gemacht worden sind, und an denen das Berufungsgericht nach wie vor festhält, sind auch für die Entscheidung des jetzigen Rechtsstreites maßgebend, da sie dem inneren Wesen des Miethvertrags entnommen sind. Dabei mag übrigens nicht verneint werden, daß beim Miethvertrage Fälle vorkommen können, wo die gleichzeitig zugesicherten Handleistungen — namentlich wenn sie verhältnißmäßig von sehr unbedeutender Art sind, wie z. B. Bedienung — als vom Begriff des Miethvertrags mitumfaßt, und die Vergütun-

gen für dergleichen Leistungen als mitgedeckt durch das Zurückhaltungsrecht des § 1228 des B.G.B.'s und durch das Absonderungsrecht des § 41 unter 4 der Konkurs-Ordnung angesehen werden können, was sich häufig aus Zweckmäßigkeits- und Billigkeitsgründen, deren Berücksichtigung durch diese Gesetzesbestimmungen nicht ausgeschlossen erscheint, empfehlen wird. Dazu erscheint jedoch der vorliegende Fall bei der Wichtigkeit und Umfänglichkeit der vom Kläger übernommenen Lieferung der Dampfkraft nicht angethan.

Bei dieser Sachlage kommt auf die vom Kläger nach Obigem aufgestellte Behauptung, daß er die Lieferung der Dampfkraft als eine permanente, nur zu Zeiten variirende Leistung angesehen habe, ebensowenig etwas an, als auf die Beschaffenheit der zur Erzeugung und Ueberleitung der Dampfkraft in die Miethräume dienlichen Einrichtungen. Soviel ist jedenfalls aus der Natur der Sache und ebenso aus den Einzelbestimmungen des Vertrags abzunehmen, daß die Dampfkraft vom Kläger zu erzeugen und daß deren Arbeitsleistung, nämlich die Maschinenbewegung, auf die übliche technische Weise (durch Transmissionswellen, mit dazu gehörigen Riemen und Scheiben) in die Miethräume hineinzuleiten war. Wenn man sich diese festen und körperlichen Gegenstände als an den Abmiether K. mitvermiethet vorstellen will, so wird sich gegen diese Auffassung kaum etwas einwenden lassen; jedenfalls aber waren sie ein unentbehrliches Mittel, um die dem Beklagten zu liefernde, zum Verbrauch bestimmte Sache — die Betriebskraft — dem Beklagten zuzuführen und würden ohne allen Nutzen gewesen sein, wenn Kläger nicht vorher diesen Lieferungsgegenstand stets neu erzeugt hätte, können also nicht selbstständig in Betracht kommen, wenn es sich darum handelt, die rechtliche Natur des betreffenden Lieferungsvertrags festzustellen.

Aus vorstehenden Gründen nun ist die an den Kläger am 22. September 1895 aus der Konkursmasse geleistete Zahlung als eine irrthümlich geleistete anzusehen und Beklagter nach §§ 1519, 1523 des B.G.B.'s berechtigt, seinen Anspruch auf Rückgewährung der betreffenden Summe bis zur Höhe des Klagbetrags dem Kläger in Gegenforderung zu stellen.

Es war daher — in Beachtung des vorliegenden Rechtsmittels — die Klage abzuweisen.

Diese Abweisung hat man übrigens, wenn schon die Klage als Leistungsklage sich darstellt, in der vorstehenden Urtheilsformel mit einer Wendung, wie sie bei Leistungsklagen üblich ist, eingeleitet, damit sofort erkennbar werde, daß hier über zwei Forderungen entschieden werde, die an sich begründet seien, aber durch ihre Aufhebung gegen einander getilgt werden, vergl. § 293 der C.P.O. und Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 37 S. 404, 405.

Im Anwaltsprozesse ist für das Kostenfestsetzungsverfahren die Beibringung einer Vollmacht nicht erforderlich.

Beschluß des Kammergerichts vom 8. Juni 1896.
i. S. B. ⁰/. W. X. 657. 96. XIII.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob nicht nach § 84 der C.P.O. die Rüge des Mangels der Vollmacht auch dann noch den Sachwaltern zu überlassen ist, wenn es sich um ein Verfahren handelt, das zwar vor dem Landgericht als Prozeßgericht sich vollzieht, für welches aber, wie beim Kostenfestsetzungsverfahren, eine Ausnahme von der Regel des Anwaltszwanges gemacht ist (§ 98² der C.P.O.). Denn in jedem Falle ist gerade für das Kostenfestsetzungsverfahren die Beibringung einer Vollmacht deshalb nicht erforderlich, weil dieses Verfahren nur zur Ausführung der im Grundsatze im Urtheile selbst schon erlassenen Entscheidung über die Pflicht zur Tragung der Kosten erfolgt. Während frühere Gesetzgebungen — § 26 der A.G.O. Th. I Tit. 23, Art. 543 des code de proc. und Art. 115 der bayrischen C.P.O. — verlangten, daß die Berechnung der zu erstattenden Kosten so zeitig erfolgt, daß deren Festsetzung bei der Verkündung des Urtheils in dem vollständig abgefaßten Urtheile erfolgen könne, hat die C.P.O. das besondere Kostenfestsetzungsverfahren angenommen, wie es die preußische Praxis auf Grund des § 28 der A.G.O. Th. I Tit. 23 gestaltet hatte.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen ist gemäß §§ 98 flg. der C.P.O., nachdem die Entscheidung über die Kostenlast in dem Urtheile erfolgt ist, die Entscheidung über den Betrag der Kosten einem Verfahren vorbehalten (vergl. Begründung zu § 77 des Entwurfes der C.P.O. S. 118). Es kann nun nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber, der für das Hauptverfahren selbst die Prüfung der Vollmachten der Anwälte diesen selbst überlassen hat, das Nachverfahren über den Betrag der zu erstattenden Kosten an schwerere Bedingungen hat binden wollen, als jenes (vergl. auch Schultzenstein in d. Zeitschr. f. deutschen Civilprozeß Bd. 16 S. 541). Die entgegengesetzte, lediglich auf den Wortlaut des § 84 Abs. 2 und des § 74 Abs. 2 der C.P.O. gestützte Ansicht, welche Willenbücher, das Kostenfestsetzungsverfahren und Wilmowsky-Levy 7. Aufl. Anm. 2 zu § 84 vertreten, kann hiernach um so weniger für zutreffend erachtet werden, als die Nachbringung der im Rechtsstreite selbst nicht erforderten Vollmacht des Anwalts nur für das Kostenfestsetzungsverfahren auch mit den Anforderungen der thunlichsten Einfachheit und Raschheit des Verfahrens, denen das Gesetz mit der ihm gegebenen Gestaltung nach der ausdrücklichen Erklärung in den Motiven a. a. O. § 119 hat entsprechen wollen, in scharfem Widerspruche stehen würde.

Der abweisende Beschluß des L.G.'s ist daher aufzuheben und dieses anzuweisen, von der Beibringung der Vollmacht abzusehen.
(Aus den Blättern für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts 1896, S. 70).

Haftet der vom Schuldner zur Hemmung der Vollziehung des Arrestes hinterlegte Geldbetrag dem Gläubiger auch dann, wenn die vorausgegangene auf Grund des Arrestbefehls bewirkte Mobiliarpfändung wegen eines Verstoßes gegen die betr. gesetzlichen Vorschriften unwirksam ist? (§ 803 der C.P.O.).

Urtheil d. R.G., V. Civils. v. 7. April 1897. V. 91/97.

Thatbestand.

Zur Vollziehung eines von der Klägerin gegen die Firma der Beklagten in Höhe von 9227 ℳ 25 ₰. und einer Kostenpauschsumme von 300 ℳ erwirkten Arrestbefehls sind am 8. Januar 1895 im Geschäftslokal der Letzteren baares Geld und Waarenvorräthe (Paletots und Anzüge) gepfändet, die gepfändeten Waarenvorräthe aber im Besitz der Schuldnerin belassen worden. Am 10. Januar 1895 wurde über das Vermögen der Schuldnerin der Konkurs eröffnet und am 14. desselben Monats hinterlegte der Konkursverwalter behufs Aufhebung der Pfändung gemäß § 803 der C.P.O. den Betrag von 10027 ℳ 25 ₰. bei der Hinterlegungsstelle in St., worauf noch am selben Tage die Aufhebung des Arrestes erfolgte. Der Konkurs ist inzwischen durch Zwangsvergleich beendigt worden, und die Klägerin verlangt nunmehr Auszahlung des hinterlegten Betrages in Höhe von 9745 ℳ 40 ₰., nebst den hiervon aufgelaufenen Zinsen. Es ist auch zwischen den Parteien nicht streitig, daß in dieser Höhe der Klägerin eine Waaren- und Wechselforderung, zu deren Deckung der Arrest erwirkt war, gegen die Firma der Beklagten zusteht; letztere weigern sich aber, in die Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Klägerin zu willigen, weil dieselbe aus der am 8. Januar 1895 vollstreckten Pfändung an den Waarenvorräthen ein gültiges Pfandrecht nicht erworben habe. Hierfür wird geltend gemacht, daß der Gerichtsvollzieher es unterlassen habe, die Pfändung an den im Gewahrsam der Schuldnerin belassenen Pfandstücken nach Vorschrift des § 712 der C.P.O. in gehöriger Weise ersichtlich zu machen.

Der erste Richter hat auf Grund dieses Einwandes, den er für zutreffend hält, die Klage abgewiesen. Der zweite Richter hat den Einwand für unbeachtlich erklärt und die Beklagten nach dem Klageantrage verurtheilt.

Die Beklagten fechten dieses Urtheil mit der Revision an und verlangen Wiederherstellung des ersten Urtheils.

Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe.

Die Revision ist unbegründet.

Nach § 803 der C.P.O. ist in dem Arrestbefehl ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt und der

Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird. Ueber die rechtsgeschäftliche Bedeutung einer solchen Hinterlegung giebt das Gesetz keine ausdrückliche Vorschrift. In der Doktrin wird darüber gestritten, ob sie als Zahlung unter Vorbehalt aufzufassen sei (so namentlich Zeitschrift für Civilprozeß, Bd. 6 S. 371 flg. und v. Wilmowski und Levy, C.P.O. Note 3 Abs. 2 zu § 709), oder ob man dem Arrestkläger nur ein Pfandrecht an dem hinterlegten Geldbetrage zuzugestehen habe (so die überwiegende Mehrzahl der Kommentare zur C.P.O. und Gruchot's Beiträge, Bd. 32 S. 587 flg.). Einer Entscheidung hierüber bedarf es für den vorliegenden Fall nicht.

Hätte man sich der ersteren Meinung anzuschließen, so würde daraus ohne Weiteres folgen, daß es darauf, ob die Pfändung vom 8. Januar 1895 wirksam vollzogen worden ist, nicht ankommt. Denn an ihre Stelle wäre dann eine Zahlung unter Vorbehalt getreten, und dieser Vorbehalt könnte nur dahin verstanden werden, daß die Wirksamkeit der Zahlung von dem Bestehen derjenigen Forderung abhängig sein soll, zu deren Deckung der Arrestbefehl erlassen ist.

Aber auch wenn man der zweiten Meinung folgt, ist der Rechtssatz, der den Ausführungen der Revision zu Grunde liegt,

> daß der hinterlegte Geldbetrag lediglich an die Stelle des Pfändungsobjektes getreten sei, so zwar, daß der Arrestgläubiger an dem hinterlegten Geldbetrage nur dieselben Rechte erwerbe, die für ihn an den ursprünglichen Pfandobjekten begründet gewesen seien,

als richtig nicht anzuerkennen. Zunächst würde er versagen, wenn eine Pfändung aus dem Arrestbefehl noch nicht stattgefunden hat, durch die Hinterlegung vielmehr die Vollziehung des Arrestes gehemmt werden soll. Es wäre doch kaum ein befriedigendes Ergebniß, wenn man annehmen müßte, daß in diesem Falle der Gläubiger sich aus dem hinterlegten Betrage befriedigen darf, während es — wenn der Arrest bereits vollzogen worden ist, — darauf ankäme, ob dem Gläubiger hieraus ein wirksames Pfandrecht erwachsen ist. Sodann aber wird man mit jenem Satze dem Zwecke der Vorschrift in § 803 der C.P.O. überhaupt nicht gerecht. Dieser Zweck ist offenbar der, dem Schuldner die Wahl zu lassen, ob er den Gläubiger durch Hinterlegung sicherstellen, oder ob er es zur Vollziehung des Arrestes kommen lassen will. Dies wird von den Motiven zur C.P.O. ausdrücklich bestätigt. Sie bemerken (amtliche Materialien Bd. 4 S. 452):

> „Der Arrestbefehl soll alternativ neben dem Rechte des Gläubigers zu dessen Vollziehung gleichzeitig das Recht des Schuldners feststellen, durch Hinterlegung einer bestimmten Summe die Vollziehung zu hemmen oder die Aufhebung des vollzogenen Arrestes herbeizuführen, weil der Schuldner berechtigt ist, die Sicherung des Anspruchs auf die ihm leichteste Weise zu bewirken."

Dieser Grund läßt deutlich erkennen, worauf die ganze Vorschrift abzielt. Der Schuldner soll befugt sein, den Anspruch des Gläubigers in anderer Weise

sicherzustellen, wenn er dies einer Vollziehung des Arrestes vorzieht. In diesem Sinne wird auch die Vorschrift von der Doktrin, insbesondere von den Kommentatoren der C.P.O. verstanden, mögen sie im übrigen in der Hinterlegung eine Zahlung unter Vorbehalt oder die Begründung eines Pfandrechtes erblicken (vergl. v. Wilmowski und Levy Note 2 zu § 803, Note 3 zu § 709; Struckmann und Koch Note zu § 803; Endemann C.P.O. Bd. III S. 366; Fitting C.P.O. § 98 Note 24; Seuffert Note zu § 803 und Note 4a zu § 709; Hellmann Note 3 zu § 803 und Note 3 zu § 709; Gaupp Note II zu § 803; Reincke zu § 803, 3. Auflage S. 816; Merkel, Ueber Arrest und einstweilige Verfügungen, S. 182 flg.; vergl. auch Rehbein, Entsch. d. Obertribunals, Bd. 2 S. 693, 695; Bd. 3 S. 107). Damit ist aber die Annahme unvereinbar, daß es darauf ankomme, ob der Gläubiger aus der Pfändung bereits ein wirksames Pfandrecht erworben hat. Denn hat der Schuldner, der von der Befugniß des § 803 Gebrauch machen will, die Sicherung des Anspruchs in anderer Weise zu bewirken, so ist es gleichgültig, welches Recht dem Gläubiger aus der Vollstreckung des Arrestbefehls erworben war. Nun meint zwar die Revision, daß man doch nicht annehmen könne, der Schuldner habe durch die Hinterlegung die Lage des Gläubigers verbessern wollen. Aber dem gegenüber ist bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 18. Juni 1887 (Entscheid. in Civils. Bd. 20 S. 396) darauf hingewiesen worden, daß der Schuldner die Hinterlegung freiwillig und im eigenen Interesse vornehme, und daß nicht abzusehen sei, weshalb eine solche freiwillige Handlung des Schuldners dem Gläubiger nicht zum Vortheil gereichen dürfe. Wenn dort der Schluß gezogen ist, daß der Gläubiger nicht auf den Werth der durch die Hinterlegung freigewordenen Sachen beschränkt sei, so muß man mit demselben Recht den Schluß zulassen, daß es auf die Wirksamkeit der für den Gläubiger vollzogenen Pfändung überhaupt nicht ankomme. Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß die Umstände des einzelnen Falles, aus denen sich die Absicht des Schuldners bei der Hinterlegung entnehmen ließe, entscheidend sein müßten. Denn das Gesetz hat den Gläubiger nur deshalb verpflichtet, gegen Hinterlegung von der Vollstreckung des Arrestes Abstand zu nehmen, weil es ihn durch die Hinterlegung für völlig gesichert betrachtet. Dies aber darf nicht wieder dadurch in Frage gestellt werden, daß der Schuldner bei der Hinterlegung diese oder jene Absicht gehabt haben könne. Welche Absicht er gehabt hat und gehabt haben muß, ergiebt sich daraus, daß die Hinterlegung dem Gläubiger in anderer Weise Sicherheit bieten soll, so zwar, daß er sich aus dem hinterlegten Betrage befriedigen kann, wenn seine Forderung überhaupt zu Recht besteht. Daß letzteres in Ansehung der von der Klägerin geltend gemachten Waaren- und Wechselforderung hier der Fall ist, ist zwischen den Parteien nicht streitig.

Es ist endlich auch nicht richtig, wenn die Revision behauptet, daß die von ihr vertretene Annahme, wonach der hinterlegte Geldbetrag in dem obengedachten Sinne lediglich an die Stelle der Pfändungsobjekte getreten sei, in der Recht-

sprechung des Reichsgerichts bereits Anerkennung gefunden habe. Die Revision beruft sich hierfür auf die Entsch. des VI. C.S.'s des R.G.'s vom 2. Mai 1887 (Entsch. in C.S. Bd. 18 S. 284) in welcher u. A. ausgeführt wird:

„Es handelt sich hier um eine gemäß § 803 der C.P.O. zum Zwecke der Beseitigung des Arrestvollzuges bewirkte Hinterlegung, welche der Klägerin nicht mehr Rechte verleihen konnte, als der vorangegangene Arrestvollzug, deren Wirkung vielmehr nur darin bestand, daß der Gegenstand des von der Klägerin zufolge der Arrestvollziehung erworbenen Pfandrechts sich änderte, indem an Stelle der ursprünglich gepfändeten Hypothekenforderung der hinterlegte Geldbetrag dem Pfandrechte unterworfen wurde."

Aber diese Ausführung bezielt, wie der Zusammenhang mit dem vorhergehenden in dem damaligen Thatbestande ergiebt, die Frage, ob der Arrestkläger durch eine gemäß § 803 der C.P.O. erfolgte Hinterlegung ein von der Fortdauer der Arrestanordnung unabhängiges Recht erworben habe, und nur in Bezug hierauf hat sich die Entscheidung dahin ausgesprochen, daß der Arrestkläger durch die Hinterlegung nicht weitergehende Rechte erwerbe. Davon ist die Frage, um die es sich jetzt handelt, wesentlich verschieden. Auch andere Entsch. des R.G.'s, welche sich mit einer Hinterlegung behufs Aufhebung vollzogener Arrestmaßregeln befassen (vergl. Entsch. in C.S. Bd. 9 S. 425; Bd. 17 S. 291; Bd. 34 S. 356; vergl. auch Bd. 12 S. 222), enthalten darüber, ob gerade nur das an den ursprünglichen Pfandobjekten erworbene Recht so, wie es begründet worden und nur in diesem seinem Bestande auf den hinterlegten Geldbetrag zu übertragen sei, eine Entscheidung nicht. Das Gegentheil ergiebt die oben bereits citirte Entsch. vom 18. Juni 1887 wenigstens insofern, als sie darauf hinweist, daß sich der Arrestgläubiger aus dem hinterlegten Geldbetrage auch dann befriedigen kann, wenn ein Dritter an den ursprünglichen Pfandobjekten mit Erfolg Interventionsansprüche nach § 690 der C.P.O. geltend machen oder wenn bei ihrem Zwangsverkaufe ein bevorrechtigter Pfandgläubiger deren vollen Werth in Anspruch nehmen könnte.

Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, Betheiligung eines Genossen mit mehreren Geschäftsantheilen, Beginn der Berechtigung und Verpflichtung des Genossen aus diesen weiteren Geschäftsantheilen. §§ 128, 129, 130, 131 Abs. 1, 2 und 3, 7 Z. 2, 11 Z. 2 des Reichsgesetzes betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, § 27 der Bekanntmachung, betr. die Führung des Genossenschaftsregisters 2c. vom 11. Juli 1889.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. April 1897. O. V. 61/96.

Zu dem Vermögen der am 7. Juli 1894 auf Folium 6 des Genossenschaftsregisters des Amtsgerichts Bautzen eingetragenen Gesellschaft für Verwerthung

landwirthschaftlicher und gärtnerischer Erzeugnisse, eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht zu Bautzen, die im August 1895 in Liquidation getreten war und zu deren Mitgliedern auch der Kläger gehörte, ist am 3. Januar 1896 der Konkurs eröffnet werden.

In diesem Konkurse hat der Kläger einen von ihm angeblich zuviel bezw. ohne rechtlichen Grund gezahlten Betrag von 400 ℳ als Konkursforderung angemeldet. Diese Forderung ist aber in dem am 18. Februar 1896 abgehaltenen Prüfungstermine vom Konkursverwalter — dem gegenwärtigen Beklagten — bestritten worden.

Mittelst der jetzigen Klage bezweckt und beantragt der Kläger die Feststellung der von ihm in dem erwähnten Konkurse angemeldeten Forderung sowie die Verurtheilung des Beklagten zur Tragung der Prozeßkosten. Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat den Kläger abgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers hin wurde die von dem Kläger bei dem Konkurse angemeldete Forderung in Höhe von 400 ℳ festgestellt.

Der nähere Sachstand ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen:

Nach § 128 des hier maßgebenden Reichs-Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, vom 1. Mai 1889 kann zwar bei Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht (§ 2 Ziffer 3) durch das Statut die Betheiligung des Genossen auf mehrere Geschäftsantheile unter Festsetzung der höchsten Zahl derselben gestattet werden und dementsprechend ist auch in § 37 des Statuts der hier in Rede stehenden Genossenschaft die Betheiligung eines Genossen auf mehrere Geschäftsantheile, jedoch nicht über zehn, für zulässig erklärt worden.

Allein einestheils darf nach § 129 des Gesetzes (vergl. auch § 37 Abs. 7 des Statuts), bevor der erste Geschäftsantheil erreicht ist, die Betheiligung des Genossen auf einen zweiten und bezw. weiteren Geschäftsantheil nicht zugelassen werden und anderntheils tritt nach § 131 Abs. 3 des Gesetzes die Betheiligung auf den weiteren Geschäftsantheil erst mit der in Gemäßheit der Absätze 1 und 2 dieses Gesetzesparagraphen erfolgten Eintragung des weiteren Geschäftsantheiles in die gerichtliche Liste der Genossen (§ 10 des Gesetzes) in Kraft. Aus dieser letzteren Gesetzesvorschrift folgt, daß eine Berechtigung wie eine Verpflichtung des Genossen aus einem weiteren Geschäftsantheile erst durch die Eintragung dieses Geschäftsantheiles in die Liste der Genossen begründet werden und zur Entstehung gelangen kann. Wie daher der Genosse auf eine Erhöhung seines Gewinnanspruches in Folge seiner einem weiteren Geschäftsantheile entsprechenden erhöhten Betheiligung und demnach bewirkten Bildung mehrerer Geschäftsguthaben (§ 19 des Gesetzes) sowie auf eine höhere Berücksichtigung bei Vertheilung des Vermögens der Genossenschaft im Falle ihrer Liquidation (§ 89 des Ges.) erst mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Eintrage des weiteren Geschäftsantheiles in

die Liste Anspruch machen kann, so entsteht auch erst mit diesem letzteren Zeitpunkte die der Vorschrift in § 129 des Gesetzes entsprechende erhöhete Haftpflicht des Genossen aus einem weiteren Geschäftsantheile, dergestalt, daß vor der Eintragung des weiteren Geschäftsantheiles von einer Erhöhung der Haftung um eine weitere Haftsumme nicht die Rede sein kann. Ebensowenig darf, bevor nicht der weitere Geschäftsantheil in die Liste eingetragen ist, der Genosse für verpflichtet erachtet werden, die nach dem Statut in Verbindung mit § 7 Ziffer 2 des Gesetzes vorgeschriebenen Einzahlungen auf den betreffenden Geschäftsantheil zu machen; etwaige gleichwohl gemachte und angenommene Baarzahlungen können unter Umständen, wenn die sonstigen Voraussetzungen für eine derartige Annahme gegeben sind, höchstens als der Genossenschaft gemachte Darlehen angesehen werden, nicht aber als obligatorische Einzahlungen, im Betreff deren ein zum Vermögen der Genossenschaft gehöriges Forderungsrecht gegen den Genossen nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes begründet wäre, —

vergl. Parisius und Crüger, das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889 zu § 131 S. 387 flg.; Maurer, desgl. Seite 369 flg.; Joel, desgl. Seite 687 flg.

Hält man dies fest, so gelangt man zu folgenden Ergebnissen.

1.

Erwiesenermaßen hat der Kläger in der Zeit bis zum März 1895 nicht blos seinen ersten Geschäftsantheil mit 100 ℳ voll eingezahlt, sondern auch noch auf zwei weitere Geschäftsantheile 200 ℳ d. i. auf jeden 100 ℳ an die Genossenschaft baar bezahlt.

Zu diesen beiden letzteren Baarzahlungen an zusammen 200 ℳ war der Kläger nicht verpflichtet.

a)

Wäre auch die Betheiligung des Klägers auf zwei weitere Geschäftsantheile nach § 131 Abs. 3 des Gesetzes in Kraft getreten, so würde doch immer der Kläger nach § 37 Absatz 3 des Statuts in Verbindung mit § 7 Ziffer 2 des Gesetzes zu einer sofortigen Baareinzahlung auf jeden der weiteren Geschäftsantheile nur in Höhe von je einem Zehntheile verpflichtet gewesen sein. Zur Einzahlung der übrigen neun Zehntheile war er zwar (§ 37 Abs. 2 des Statuts) berechtigt, aber nicht verpflichtet, insoweit konnten die Geschäftsantheile auch auf andere Weise z. B. durch Hinzurechnung von Gewinnantheilen des Geschäftsguthabens auf den ersten Geschäftsantheil erfüllt (komplettirt) werden.

Ein Forderungsrecht der Genossenschaft auf Baarzahlung bestand also gegen den Kläger bei der für ihn ungünstigsten Auffassung zunächst nur wegen des einen Zehntheiles, nicht auch wegen des übrigen Betrags der Geschäftsantheile, während andererseits mit der Eintragung des neuen Geschäftsantheils sich auch die Haftpflicht des Klägers nach § 129 des Gesetzes ohne Weiteres er-

höhet haben würde, gleichviel ob der weitere Geschäftsantheil erfüllt war oder nicht und gleichviel ob er darauf schon Einzahlungen gemacht hatte oder nicht, —

vergl. hierüber: Joël, a. a. O. S. 457 flg. zu § 7 Nummer 2 des Ges. Bemerkungen a und b insbesondere Seite 683 zu § 125 unter I Seite 688 Bemerkung II; Parisius u. Crüger a. a. O. Seite 37 Bemerkung 3; Maurer, a. a. O. Seite 66, 67 —.

b)

Aber auch abgesehen hiervon kann eine Verpflichtung des Klägers zu den von ihm geleisteten Baarzahlungen, sei es auch nur in Ansehung je eines Zehntheiles des Betrags der weiteren Geschäftsantheile deshalb nicht angenommen werden, weil die Betheiligung des Klägers auf die weiteren Geschäftsantheile weder zur Zeit der Zahlung in Kraft getreten war, noch überhaupt jemals in Kraft getreten ist. Denn erwiesenermaßen ist die nach § 131 Abs. 3 des Gesetzes vorgeschriebene Eintragung der weiteren Geschäftsantheile in die Mitgliederliste niemals erfolgt. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Kläger in der konstituirenden Generalversammlung vom 17. Februar 1894 mittelst ausdrücklicher Erklärung drei Geschäftsantheile übernommen und seiner Unterschrift der Statuten den Vermerk, daß er sich mit drei Geschäftsantheilen betheilige, beigefügt hat. Diesen Thatsachen würde selbst dann rechtliche Bedeutung zu versagen sein, wenn die Betheiligten bei der zweiten Generalversammlung vom 23. Juni 1894 darüber einverstanden gewesen wären, daß die Erklärungen des Klägers wegen Uebernahme dreier Geschäftsantheile nach wie vor in Geltung bleiben sollten und daß also der Kläger, obschon er das in dieser letzteren Generalversammlung genehmigte Statut ohne einen die Uebernahme dreier Geschäftsantheile bekundenden ausdrücklichen Vermerk unterzeichnet hatte, gleichwohl in der nämlichen Weise wie aus der ersteren, einen derartigen Vermerk enthaltenden Unterschrift verpflichtet sein wolle und solle. Hierfür spricht schon die Erwägung, daß nach § 131 Abs. 1 des Gesetzes die von dem Genossen, der auf einen weiteren Geschäftsantheil betheiligt sein will, zu unterzeichnende Erklärung eine unbedingte sein muß, diese Eigenschaft der Unbedingtheit aber dem von dem Kläger seiner Unterschrift vom 17. Februar 1894 beigefügten Vermerke deshalb abging, weil damals noch gar nicht feststand, ob der Kläger überhaupt zu einer Betheiligung auf einen weiteren Geschäftsantheil werde zugelassen werden. Denn zur Zeit der Generalversammlung vom 17. Februar 1894 war ebenso wie am Tage der Generalversammlung vom 23. Juni 1894 der erste Geschäftsantheil des Klägers weder durch Baarzahlung noch sonst wie erreicht (komplettirt) und nach § 130 des Gesetzes konnte und durfte nur erst dann, wenn letzteres geschehen war, die Betheiligung des Klägers auf einen weiteren Geschäftsantheil Seiten der Genossenschaft zugelassen werden. Der Vermerk des Klägers neben seiner Unterschrift vom 17. Februar 1894 konnte also immer nur ein bedingter, d. i. für den Fall zum Ausdrucke

gebrachter sein, wenn er die Voraussetzung für die Zulassung zu den weiteren Geschäftsantheilen erfüllt haben werde.

Die gegentheiligen Ausführungen in den Gründen des angefochtenen Urtheils beruhen auf einer Verwechselung der aus der Mitgliedschaft und der aus der Uebernahme eines weiteren Geschäftsantheils hervorgehenden Verpflichtungen des Genossen. Die Mitgliedschaft, die Eigenschaft als Genosse und die hierauf beruhenden Verbindlichkeiten sind allerdings auf Seiten des Klägers in seiner Eigenschaft als Mitgründer schon durch die Unterzeichnung des Statuts begründet worden, ohne daß es insoweit erst seiner Eintragung in die gerichtliche Liste der Genossen bedurfte,

vergl. Joël, a. a. O. zu § 15 S. 475 Bemerkung II, Parisius und Crüger, a. a. O. Seite 84 Bemerkung 2.

Die Betheiligung an einem weiteren Geschäftsantheile dagegen und die hieraus abzuleitenden Verpflichtungen konnten nur erst nach Maßgabe der Bestimmungen in §§ 130 und 131 des Gesetzes in Wirksamkeit treten. Gerade weil die Gründer der Genossenschaft schon durch die Unterzeichnung des Statuts die Eigenschaft als Genossen erlangen, leiden auch auf sie die ganz allgemein von den Genossen handelnden Vorschriften in §§ 130 und 131 in gleicher Weise Anwendung, wie dies bei den Genossen der Fall ist, die erst nach Anmeldung des Statuts zum Genossenschaftsregister nach Maßgabe von § 15 des Gesetzes die Mitgliedschaft erwerben. Hiermit steht auch die Bestimmung in § 11 Ziffer 2 des Gesetzes im Einklang, wonach der dem Vorstande obliegenden Anmeldung behufs der Eintragung der Genossenschaft außer den in Ziffer 1 und 3 erwähnten Schriftstücken nur eine Liste der Genossen beizufügen ist, insofern hiernach davon ausgegangen werden darf, daß, hätte der Gesetzgeber schon einem bei der Gründung der Genossenschaft von den Gründern unterzeichneten, die Uebernahme mehrerer Geschäftsantheile zum Ausdrucke bringenden Vermerke rechtliche Wirkung beilegen wollen, er auch die Beifügung dieses Vermerkes bei der Anmeldung mit vorgeschrieben haben würde. Diese Auffassung wird auch durch die Vorschrift in § 27 der Bekanntmachung, betreffend die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu demselben vom 11. Juli 1889 (Reichsgesetzbl. v. 1889 Nr. 15 S. 150—164) unterstützt, wonach der erste Geschäftsantheil überhaupt nicht eingetragen wird und die Eintragung der weiteren Geschäftsantheile auf Grund der vom Vorstande einzureichenden Betheiligungserklärung des Genossen und der schriftlichen Versicherung des Vorstandes geschieht, daß die übrigen Geschäftsantheile des Genossen erreicht seien (Abs. 1 und 2).

Für die oben berührte Annahme, daß der Kläger mit den von ihm bewirkten Baareinzahlungen der Genossenschaft ein Darlehn habe gewähren wollen, liegt kein Anhalt vor; hat er doch, wie im vorigen Thatbestande festgestellt ist, bei den Einzahlungen an zusammen 300 *M* zum Ausdrucke gebracht, daß er damit die von ihm übernommenen Geschäftsantheile an je 100 *M* einzahlen wolle.

Hiernach sind blos die beiden Möglichkeiten denkbar: entweder hat der Kläger zur Zeit der Zahlung das Nichtbestehen seiner Verbindlichkeit zur Zahlung gekannt, oder er hat in der irrigen Meinung gestanden, zur Leistung verpflichtet zu sein. Im letzteren Falle würde er zur Rückforderung der auf die beiden weiteren Geschäftsantheile geleisteten Zahlungen an zusammen 200 *M* schon nach § 1519 des B.G.B.'s berechtigt sein. Im ersteren Falle würde davon ausgegangen werden müssen, daß er diese Zahlungen in der Voraussetzung des künftigen Inkrafttretens seiner Betheiligung an den weiteren Geschäftsantheilen (§ 131 Abs. 3 des Gesetzes), also in der Voraussetzung eines künftigen Ereignisses geleistet hat, das, wie schon erwähnt, niemals eingetreten ist. Von diesem Gesichtspunkte aus würde er zur Rückforderung nach § 1534 des B.G.B.'s berechtigt sein. Denn keiner der Ausnahmefälle, in denen der hier vorgesehene Rückforderungsbehelf nach § 1535 des B.G.B.'s versagt, liegt hier vor. Daß der Kläger mit den Zahlungen eine Schenkung an die Genossenschaft beabsichtigt habe, ist nicht beanzeigt und daß zwischen dem Kläger und der Genossenschaft noch kein ihn zur Zahlung verpflichtendes Schuldverhältniß bestanden hat, ist bereits im Vorstehenden dargelegt worden.

2.

Nachdem im August 1895 die in Rede stehende Genossenschaft in Liquidation getreten ist, hat der Kläger auf die schriftliche Aufforderung den Liquidatoren vom 11. Oktober 1895 an diese 300 *M* als Nachschußzahlung auf seine drei Geschäftsantheile eingesendet. Auch diese Einzahlung ist, soweit sie auf die beiden weiteren Geschäftsantheile zu vertheilen ist, also in Höhe von 200 *M* ohne rechtlichen Grund erfolgt. Denn da die weiteren Geschäftsantheile des Klägers niemals nach § 131 Abs. 2 in die Liste eingetragen werden und sonach die Betheiligung des Klägers auf die weiteren Geschäftsantheile nach § 131 Abs. 3 niemals in Kraft getreten ist, so ist es auch nicht zu einer der Vorschrift in § 129 entsprechenden Erhöhung seiner Haftung über den von ihm übernommenen einen (ersten) Geschäftsantheil hinaus gekommen —

vergl. Joël, a. a. O. S. 688; Maurer, a. a. O. S. 369; Parisius und Crüger, a. a. O. S. 387 flg.

Es kann sich daher hier nur fragen, ob der Kläger sich zur Zeit der Zahlung im Irrthum über das Vorhandensein der ihm angesonnenen Verbindlichkeit befunden hat — § 1519, § 1523 des B.G.B.'s. — Diese Frage ist im Gegensatz zu der Auffassung der vorigen Instanz zu bejahen. Insbesondere kann das nach § 1533 letzter Satz des B.G.B.'s von dem Beklagten zu beweisende Gegentheil nicht schon aus der Behauptung des Klägers gefolgert werden, er habe Zwangsmaßregeln von Seiten der Liquidatoren gefürchtet und deshalb zur Abwendung solcher vorläufig gezahlt. Zwangsmaßregeln wegen einer von einem redlichen Gegner — und als solche mußte der Kläger die Liquidatoren betrachten — behaupteten Forderung kann man vernünftiger Weise nur fürchten, wenn man

von dem rechtlichen Bestande der Forderung überzeugt ist. Zum mindesten aber muß angenommen werden, daß der Kläger durch den Inhalt der Zahlungsaufforderung vom 11. Oktober 1895 in Zweifel über das Bestehen oder Nichtbestehen seiner Verbindlichkeit gerathen ist. Der Zweifel steht aber hier dem Irrthum gleich, insofern nichts dafür spricht, daß der Kläger mit der Zahlung auf die Bestreitung der ihm angesonnenen Verbindlichkeit habe verzichten wollen oder die Absicht sich zu vergleichen gehabt habe, § 1523, Satz 2 des B.G.B.'s.

Die Rückforderung in Ansehung der auf mehr als einen Geschäftsantheil geleisteten Nachschußzahlung ist also gemäß §§ 1519 flg. begründet.

Die von dem Kläger in dem Konkurse der Genossenschaft angemeldete Forderung besteht hiernach allenthalben zu Recht.

Zur Lehre vom Sicherungskauf, ungültige Pfandbestellung. §§ 466, 467, 201, 219 des B.G.B's, § 35 der K.O., § 231 der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 24. Mai 1897. O. I. 18/97.

Die Beklagte — eine Brauereiaktiengesellschaft — hat mit dem Restaurateur R. am 30. März 1894 einen Darlehns- und Bierabnahmevertrag, am 18. Februar 1895 einen Nachtragsvertrag dazu geschlossen und schließlich am 15. Februar 1896 ein zweites Nachtragsabkommen getroffen, wonach R. an die Beklagte das als sein Eigenthum bezeichnete Restaurationsinventar, wie es in einem dem Vertrage beigefügten Inventarverzeichnisse aufgeführt ist, um die Summe von 5000 ℳ verkauft. Nachdem am 23. Juni 1896 zum Vermögen R.'s Konkurs eröffnet worden war, beanspruchte die Beklagte die Aussonderung des erwähnten Inventars aus der Konkursmasse auf Grund des Vertrages vom 15. Februar 1896.

Der Kläger als der im R.'schen Schuldenwesen bestellte Konkursverwalter erhob Klage auf Feststellung darüber, daß die Beklagte nicht Eigenthümerin des erwähnten Inventars sei und beantragte, diese zu verurtheilen, darein zu willigen, daß der Kläger die Inventargegenstände für die R.'sche Konkursmasse verwerthe. Er behauptet, daß bei dem Vertragsabschlusse vom 15. Februar 1896 nur eine Pfandbestellung beabsichtigt worden sei, der man nur zum Scheine die Form eines Kaufvertrags gegeben habe. Die Beklagte behauptet Ernstlichkeit des geschlossenen Vertrags und der darauf beruhenden Uebergabe.

Durch das erstinstanzliche Urtheil vom 12. Dezember 1896 ist die Klage abgewiesen worden.

In Beachtung der Berufung des Klägers wurde in zweiter Instanz erkannt:

„Es wird festgestellt, daß der Beklagten das Eigenthum an den Gegenständen nicht zusteht, die in dem Inventarverzeichnisse zu dem am 15. Februar 1896 zwischen ihr und R. abgeschlossenen Nachtragsvertrage aufgeführt sind. Der Beklagte wird verurtheilt, darein zu willigen, daß der Kläger diese Gegenstände für die R.'sche Konkursmasse verwerthe.

Die Gründe lauten:

Die Ausführungen der ersten Instanz werden der Bedeutung des Rechtsgeschäfts vom 15. Februar 1996 nicht gerecht. Allerdings erkennt auch das Berufungsgericht die rechtliche Zulässigkeit eines sogen. Sicherungskaufes an, wenn nur feststeht, daß die Betheiligten es wirklich auf den Abschluß eines Kaufvertrages und auf eine Eigenthumsübertragung abgesehen haben. Dies ist sowohl in der von der ersten Instanz erwähnten Entscheidung — O. I. 35/94 — als auch sonst oft ausgesprochen worden (Annalen des O.L.G.'s, Bd. 11 S. 147 flg., Bd. 12 S. 58 flg., Bd. 15 S. 139 flg., Bd. 17 S. 193 flg.).

Allein wie das H.G.B. in Art. 278 und neuerdings das Deutsche B.G.B. (§§ 133, 177, Abs. 2) steht auch schon das Sächs. Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Standpunkte, daß der Richter sich nicht blos an die äußere Form der Willenserklärungen halten, sondern den wahren Willen der Betheiligten erforschen und zur Geltung bringen soll, selbst gegenüber einem Rechtsgeschäfte, das diesen wahren Willen absichtlich in anderen Ausdrücken zur Erscheinung bringt und unter der Form eines anderen Rechtsgeschäftes zu verhüllen sucht. (§§ 809, 812, 829 des B.G.B.s). Gerade auch in der von der ersten Instanz angezogenen Entscheidung — O. I. 35/94 — ist dieser Grundsatz befolgt und ein sogen. Sicherungskauf als das, was er nach der Absicht der Betheiligten wirklich sein sollte, nämlich als eine Faustpfandbestellung festgestellt und darnach beurtheilt worden.

Der Vertrag vom 15. Februar 1896 vermeidet einigermaßen die sonst gebräuchliche Form, unter der sogen. Sicherungskäufe abgeschlossen zu werden pflegen; er erklärt nicht die Aufrechnung der Schuld des Verkäufers mit der Kaufpreisforderung, sondern er läßt beide Forderungen nebeneinander bestehen und sucht dadurch eine gewisse Unabhängigkeit des Kaufs von dem Schuldverhältnisse des Verkäufers hinzustellen. Allein nichtsdestoweniger tritt der auf den Abschluß eines blosen Pfandbestellungsvertrages gerichtete Wille der Betheiligten in der Vertragsurkunde deutlich genug hervor. Es wird zunächst festgestellt, daß R. der Beklagte als Darlehn und Kaufpreis für Bier zusammen 5000 ℳ schulde, die er mit 5 % zu verzinsen hat. Demnächst „verkauft" R. für 5000 ℳ sein Restaurationsinventar und übergiebt es durch Rechtsgeschäft nach § 201 des B.G.B.'s der Beklagten zum Eigenthum, von der es ihm aber bis auf weiteres leihweise überlassen wird (§ 1).

Der Kaufpreis von 5000 ℳ wird der Beklagten gestundet „bis zur vollständigen Rückzahlung dieser Summe"; hierunter kann nach dem ganzen Zusammenhange nur die im Eingange der Urkunde erwähnte Schuld R.'s von 5000 ℳ verstanden werden. Sobald aber diese Schuld getilgt ist, soll R. nicht allein berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, das Inventar für den Preis von 5000 ℳ zurückzuerwerben; dieser Preis aber soll gegen die der Beklagten gestundete Kaufpreisschuld gleicher Höhe aufgerechnet werden. (§ 2.)

Würde dagegen R. seine Verpflichtungen zur Schuldzahlung nicht pünktlich

erfüllen, so soll die Beklagte berechtigt sein, das verkaufte Mobiliar in eigene Verwahrung zu nehmen und privat oder öffentlich versteigern zu lassen, es soll aber diesfalls der von der Beklagten zu zahlende Kaufpreis auf die Summe des Auktionsnettoerlöses herabgesetzt und die Beklagte berechtigt sein, diesen Kaufpreis gegen die ihr an R. zustehenden Ansprüche aus dem Darlehn und aus den Bierlieferungen aufzurechnen (§ 5). Hierneben wird in § 4 der Beklagten wegen ihrer Darlehns- und Bierforderung von 5000 ℳ nebst dreimonatlichen Accepten von 5000 ℳ zur weiteren Sicherheit ein Faustpfandrecht an einer Lebensversicherungspolice und an einem Gaskautionsscheine R.'s bestellt.

Das Berufungsgericht legt — entgegen der Auffassung des Klägers — kein besonderes Gewicht darauf, daß in der angezogenen Bestimmung von § 4 von einer „weiteren" Sicherung für die Forderung des Beklagten gesprochen wird. Denn nach dem Zusammenhange von § 4 kann man annehmen, daß die Police und der Kautionsschein nicht sowohl im Verhältnisse zu dem verkauften Inventare als vielmehr nur neben den in § 4 erwähnten Accepten R.'s als weitere Sicherung für dessen Schuld haben bezeichnet werden sollen. Aber der sonstige Inhalt der Urkunde bringt es hinreichend zum Ausdruck, daß von den Betheiligten in Wahrheit nicht ein Verkauf des R.'schen Inventars und nicht eine Uebertragung des Eigenthums, d. h. der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft daran (§ 217 des B.G.B.'s) auf die Beklagte beabsichtigt worden ist, sondern nur die Bestellung eines solchen Rechtes der Beklagten, vermöge dessen die Beklagte befugt sein sollte, das Inventar zur Sicherung ihrer Forderung zur Verfügung zu haben und daraus sich zu befriedigen (§ 369 des B.G.B.). Darauf weist zunächst schon die äußere Verbindung hin, in die der „Kaufvertrag" mit der Ordnung des Forderungsverhältnisses R.'s und den von ihm sonst noch zugestandenen Pfandbestellungen gebracht ist. Entscheidend aber ist vor allem die Art und Weise, wie das Rechtsverhältniß der Betheiligten betreffs der „verkauften" Gegenstände je nach der Zahlung oder Nichtzahlung der Darlehns- und Bierschuld R.'s geregelt worden ist. Bei vollständiger Aufrechterhaltung der Forderung der Beklagten an R. kann dieser doch nicht in die Lage kommen, auf Grund des angeblichen Kaufvertrages eine Kaufpreiszahlung zu erlangen. Tilgt er seine Darlehns- und Bierschuld", so erwächst für ihn zugleich die Verpflichtung, die verkauften Sachen, gleichviel welchen Werth sie dann noch haben sollten, um 5000 ℳ wieder zurückzuerwerben und die Aufrechnung seiner gestundeten Kaufpreisforderung mit dem Rückkaufspreise geschehen zu lassen. Erfüllt er dagegen seine Darlehns- und Bierschuld nicht und verschreitet die Beklagte in Folge dessen zum Verkaufe des Inventars, so mindert sich seine Kaufpreisforderung ohne Weiteres auf den Betrag des Auktionsnettoerlöses, der ihm auf seine rückständige Schuld angerechnet wird. Es wird also der Verkauf der Sachen ausschließlich zum Zwecke der Befriedigung der Beklagten und auf alleinige Rechnung R.'s ins Werk gesetzt. Dabei wird das Recht der Beklagten, beim Verzuge R.'s diesem

die Verwahrung der Sachen zu entziehen und sie zu verkaufen, besonders vereinbart, während sich ein solches eigenes Verwahrungs- und Veräußerungsrecht der Beklagten aus ihrem Eigenthume an den Sachen ganz von selbst verstehen würde (§ 219 flg. des B.G.B.'s). Aus dieser besonderen Vertragsfestsetzung in Verbindung mit dem für R. begründeten Rückkaufsrechte ist daher zu schließen, daß der Beklagten insoweit, als R. seine Verpflichtung zur Zahlung der Darlehns- und Bierschuld erfüllt, ein Recht zum Widerruf des über die Sachen geschlossenen Leihvertrages und zu deren Verkauf nach der Absicht der Betheiligten nicht zustehen sollte. Nach alledem erscheint das der Beklagten eingeräumte Recht an dem R.'schen Inventare der wesentlichen Merkmale des Eigenthumsrechts entkleidet und auf die Bestandtheile eines blosen Pfandrechts beschränkt, nämlich auf die Befugniß, die Inventargegenstände während des Bestehens der Darlehns- und Bierforderung (durch R.) zu besitzen und durch den auf Gefahr und Kosten des Schuldners zu bewerkstelligenden Verkauf der Sachen wegen ihrer Forderung sich zu befriedigen. (§§ 369, 378, 474 flg. des B.G.B.'s).

Bei dieser Sachlage, die sich nahezu mit dem von Werner in den Annalen Bd. 17. S. 215 flg. angenommenen Beispielsfalle deckt, kann man sich der Ueberzeugung nicht verschließen, daß beim Abschlusse des Vertrages vom 15. Februar 1896 nicht ein Kaufvertrag über das Inventar im Sinne der §§ 1092 flg. des B.G.B.'s und nicht eine Eigenthumsübertragung im Sinne der §§ 253 flg. des B.G.B.'s, sondern eine Faustpfandbestellung nach den §§ 1441 flg. und 466 flg. des B.G.B.'s beabsichtigt worden ist. Das Geschäft ist daher nach § 829 nur nach den Vorschriften über den beabsichtigten Vertrag zu beurtheilen.

Diese Auffassung, die sich schon aus den Bestimmungen der Vertragsurkunde ergiebt, erleidet auch keine Aenderung durch die Beweiserhebungen erster Instanz. Wäre auch bei den Vorverhandlungen zum Vertragsabschlusse vom 15. Februar 1896 von einer Verpfändung des Inventars nicht die Rede gewesen und vom Vertreter der Beklagten dem R. eröffnet worden, daß diese auf dem Verkaufe des Inventars bestehen müsse, so ist doch der Wille der Betheiligten darüber, in welcher Weise und mit welchen Wirkungen dieser Verkauf ins Werk gesetzt werden sollte, in der Vertragsurkunde zum endgiltigen Ausdruck gebracht worden, die nach den eigenen Angaben der Beklagten und den Aussagen der Zeugen von den Vertretern der ersteren aufgesetzt und dem R. zur Unterzeichnung vorgelegt worden ist. Die Tragweite des der Beklagten eingeräumten Rechtes am R.'schen Inventare ist daher immerhin nach den in der Urkunde niedergelegten Vertragsbestimmungen zu beurtheilen, die eben trotz des entgegenstehenden Wortlautes nur in dem Sinne zu verstehen sind, daß der Beklagten unter der äußeren Form des Kaufvertrages und der Eigenthumsübertragung ein Faustpfandrecht an dem R.'schen Inventar eingeräumt werden sollte. Dieses Faustpfandrecht aber ist nicht wirksam zur Entstehung gelangt, weil die zu verpfändenden Sachen nicht der Beklagten oder für sie einem Dritten zum Pfandbesitze übergeben, sondern in der Inhabung

des Pfandschuldners N. belassen worden sind. Gegenüber den Bestimmungen der §§ 466, 467 des B.G.B.'s war weder das in § 1 der Urkunde enthaltene Rechtsgeschäft nach § 201 des B.G.B.'s noch die am Schlusse von § 5 bezeugte thatsächliche Uebergabe, die eine Aenderung der Inhabungsverhältnisse nicht zur Folge gehabt hat, geeignet, den Pfandbesitz der Beklagten zu begründen.

Hieraus ergiebt sich die Berechtigung des Klaganspruches. Die Beklagte hat durch die mit N. geschlossenen Rechtshandlungen kein Eigenthumsrecht an dem N.'schen Inventar erlangt, also auch kein Recht auf Aussonderung dieses Inventars aus der Konkursmasse (§ 35 K.O.). Gegenüber dem von ihr erhobenen Aussonderungsanspruche aber ist dem Kläger nach § 231 C.P.O. das Recht zuzugestehen, eine Feststellung darüber zu verlangen, daß das behauptete Eigenthumsrecht und der Aussonderungsanspruch nicht bestehen.

Zwangsverwaltung eines ideellen Grundstückstheils. Umfang des Befriedigungsrechts des Gläubigers, wenn seine Hypothek auf dem ganzen Grundstücke eingetragen, das Grundstück selbst aber nur zu einem Theile in Zwangsverwaltung genommen ist.

L.G. Leipzig, Civ.K. II, Beschl. v. 9. Dez. 1896, B. C. II. 277/96.

„Für die Beschwerdeführerin, die Pirnaer Landsparkasse zu P., haften auf dem unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstücke an erster und zweiter Rangstelle zwei mit jährlich 5 v. H. zu verzinsende Darlehnsforderungen in Höhe von 25500 ℳ und 5500 ℳ. Die Hypothekenzinsen sind ihr aus den Erträgnissen der Zwangsverwaltung bisher nicht zum vollen Betrage, sondern mit Rücksicht darauf, daß die Zwangsverwaltung sich ausschließlich auf die der verw. M. gehörigen 17 Zwanzigtheile des Grundstücks erstreckt, nur zu $^{17}/_{20}$ gewährt worden. Die Beschwerdeführerin verlangte Auszahlung der vollen Hypothekenzinsen, da ihre beiden Darlehnshypotheken auf dem ganzen Grundstücke eingetragen seien, ist jedoch durch den angefochtenen Beschluß mit ihrem Antrage zurückgewiesen worden.

Das Verlangen der Gläubigerin war indeß gerechtfertigt.

Der Umstand, daß das M.'sche Grundstück nur zu $^{17}/_{20}$ in Zwangsverwaltung genommen worden ist, bedeutet zunächst nichts weiter, als daß den am Zwangsverwaltungsverfahren betheiligten Realgläubigern eben nicht die vollen nach Deckung der nothwendigen Verwaltungsausgaben übrig bleibenden Grundstückserträgnisse, sondern nur 17 Zwanzigtheile davon zur Verfügung stehen; er entscheidet nichts für die Beantwortung der andern, hiervon ganz unabhängigen Frage: in welchem Umfange die Gläubiger aus der für sie bereit stehenden Sequestrationsmasse ihre Befriedigung suchen dürfen. Maßgebend hierfür ist allein der Forderungseintrag im Grund- und Hypothekenbuche.

Die beiden Darlehnshypotheken der Pirnaer Landsparkasse zu P. umfassen, wie die Einträge unter Nr. . . ergeben, das ganze Grundstück, keineswegs blos einen ideellen Theil davon. Es haftet also der Sparkasse das Grundstück nicht

blos für den gesammten Betrag der beiden eingetragenen Darlehnsforderungen sondern es ist ihr in dieser umfassenden Weise auch jeder einzelne Theil des Grundstücks verhaftet. Dies folgt aus dem Grundsatze der Untheilbarkeit des Pfandrechts (§ 373, § 379 B.G.B.'s). Wie der Pfandgläubiger, dem mehrere Sachen für dieselbe Forderung verpfändet sind, nach § 379 B.G.B.'s die Wahl hat, aus welcher einzelnen Sache er seine Befriedigung verlangen will, so kann auch der Hypothekengläubiger, dem ein Grundstück seinem ganzen Umfange nach verpfändet ist, wegen der gesammten Forderung aus jedem einzelnen (ideellen) Theile des Grundstücks Befriedigung heischen.

Die Beschwerdeführerin ist daher berechtigt, die der verw. M. gehörigen 17 Zwanzigtheile des Grundstücks wegen ihrer ganzen Zinsenforderung für sich in Anspruch zu nehmen; denn wie auf jedem einzelnen ideellen Grundstücksantheile, so lasten ihre Darlehnshypotheken gleichmäßig auch auf den 17 Zwanzigtheilen der Wittwe M. uneingeschränkt, sodaß der auf diesen letzteren Antheil zu rechnende Zwangsverwaltungsertrag auch uneingeschränkt zur Befriedigung der Beschwerdeführerin zu verwenden ist.

Für das Zwangsversteigerungsverfahren hat der hervorgehobene Grundsatz in § 42 Abs. 2 Subh.O. ausdrückliche Anerkennung gefunden. Dort ist bestimmt, daß im Falle der Versteigerung des ideellen Theils eines Grundstücks diejenigen Forderungen, welche mit dem Range vor der des betreibenden Gläubigers auf dem zu versteigernden Theile und zugleich auf andern ideellen Theilen des Grundstücks lasten, bei Berechnung des Mindestgebots zu ihrem vollen Betrage in Ansatz zu kommen haben. Stünden also die der Wittwe M. gehörigen ($^{17}/_{20}$) Grundstücksantheile anstatt unter Zwangsverwaltung gegenwärtig zur Zwangsversteigerung, so würde es keinem Zweifel unterliegen, daß aus dem für jene 17 Zwanzigtheile erzielten Verkaufserlöse die beiden Darlehnsforderungen der Pirnaer Landsparkasse, soweit der Kaufpreis reicht, voll gedeckt werden müßten. Es liegt kein Grund vor, die Anwendung jener Bestimmung, die nur eine Consequenz der rechtlichen Natur des Pfandrechts und der Anerkennung seiner Untheilbarkeit darstellt, im Zwangsverwaltungsverfahren auszuschließen.

Das Amtsgericht wird daher angewiesen, darauf hinzuwirken, daß der Pirnaer Landsparkasse die ihr zukommenden Hypothekenzinsen aus den zu vertheilenden Grundstückserträgnissen durch den Verwalter in Zukunft nicht blos „zu $^{17}/_{20}$", sondern in voller Höhe zur Auszahlung gebracht werden." —

Entscheidung über die Prozeßkosten, wenn Klage und Widerklage erhoben ist und die Klage durch Theilurtheil zurückgewiesen wird. Entscheidung über die einem Nebenintervenienten erwachsenen Kosten.

R.G. I. Civ.S. Urth. v. 18. Januar 1897. I. 424/96.

Dem Kläger waren im Herbste 1895 mehrere Pferde erkrankt, einige auch gestorben. Er führte dies darauf zurück, daß er seine Pferde u. a. auch mit

Erbsen gefüttert habe, die ihm die Beklagte als „gute gesunde Futtererbsen und nahrhafter als die zuletzt bezogenen" verkauft habe. Er forderte deshalb von der Beklagten den Ersatz eines Schadens von 2800 ℳ, den er dadurch erlitten haben will, daß ihm drei näher bezeichnete Pferde verendet seien.

Die Beklagte bestritt den Klaganspruch, stellte in Abrede, daß sie dem Kläger die verkauften Erbsen in der geschilderten Weise angepriesen habe, und machte geltend, daß der Kläger, da er die Erbsen ohne Vorbehalt empfangen habe, nach Artikel 17 der hamburger Statuten Theil II Titel 8 mit allen Monituren ausgeschlossen sei. Sie hat Abweisung der Klage beantragt und eine Widerklage erhoben, über die in den Instanzen noch nicht erkannt ist.

Auch verkündete Beklagte der Firma D. & S. in Hamburg, von der sie die dem Kläger gelieferten Erbsen gekauft hatte, den Streit. D. & S. traten dem Rechtsstreite zur Unterstützung der Beklagten bei.

Der erste Richter, erkannte durch Theilurtheil vom 22. Januar 1896 dahin:

„Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten derselben hat der Kläger, die der Intervention, soweit sie die Klage betrifft, die Intervenientin zu tragen."

Gegen dieses Urtheil erhoben der Kläger Berufung und die Neben-Intervenientin Anschlußberufung. Das Oberlandesgericht wies die Berufung des Klägers zurück und legte ihm die Kosten der Berufungsinstanz, einschließlich der der Nebenintervenientin erwachsenen Kosten, auf, auf die Anschlußberufung der Nebenintervenientin änderte sie das Urtheil des Landgerichts dahin ab, daß dem Kläger auch die der Nebenintervenientin in der ersten Instanz erwachsenen Kosten zur Last gelegt wurden.

Das Reichsgericht wies die Revision des Klägers in der Hauptsache zurück, beseitigte aber die über die Kosten erster Instanz getroffene Entscheidung und behielt dem Schlußurtheile die Entscheidung über die bis dahin in erster Instanz erwachsenen Kosten vor. In den Gründen ist hierüber bemerkt:

Fehlerhaft ist die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz. Eine Scheidung der Kosten, je nachdem sie sich auf die Klage oder auf die Widerklage beziehen, ist nach dem den Kostengesetzen zu Grunde liegenden Systeme nicht angängig. Vergleiche Gerichtskostengesetz § 11. Wenn das Landgericht, wie es geschehen ist, durch Theilurtheil nach C.P.O. § 273 eine Endentscheidung nur über die Klage abgab, die Entscheidung über die Widerklage aber einer späteren Verhandlung vorbehielt, so war mit einem solchen Urtheile überhaupt noch keine Möglichkeit gegeben, über die Kosten des Rechtsstreits auch nur theilweise zu erkennen. Denn die Klage selbst ist kein Angriffsmittel im Sinne des § 91 der C.P.O., eine verhältnißmäßige Vertheilung der Kosten nach § 88 der C.P.O. aber ist nicht früher möglich, als bis für die Instanz feststeht, in welchem Umfange die eine oder die andere Partei unterliegt. Das Oberlandesgericht hätte daher die Kostenentscheidung des Landgerichts, nachdem sowohl vom Kläger, als auch von der Nebenintervenientin ein Rechtsmittel eingelegt war, ganz streichen

und die Entscheidung über die Kosten der ersten Instanz einschließlich der Kosten der Intervention dem Endurtheile des Landgerichts vorbehalten sollen. Da dies nicht geschehen ist, mußte das Urtheil des Oberlandesgerichts insoweit aufgehoben und die richtige Entscheidung an die Stelle gesetzt werden.

Unbedenklich ist es dagegen, wenn das Oberlandesgericht über die Kosten der Berufung nach § 92 Absatz 1 C.P.O. erkannt und dem Kläger dabei zugleich die Kosten der Neben-Intervenientin auferlegt hat. Allerdings ist die Begründung, die das Oberlandesgericht hierfür giebt, unrichtig. Ob die Neben-Intervention weil ein rechtliches Interesse am Ausgange des Rechtsstreits beim Nebenintervenienten vorhanden, zuzulassen war oder nicht, ist nach C.P.O. § 68 nur zu entscheiden, wenn ein Antrag auf Zurückweisung der Neben-Intervention gestellt ist. Ohne einen solchen Antrag — und hier ist er bislang nicht gestellt — wird der Neben-Intervenient nach C.P.O. § 68 Absatz 3 beim Verfahren zugezogen, und er hat daher auch nach C.P.O. § 96 Anspruch auf Kostenersatz von dem unterliegenden Gegner, ohne daß dieser mit dem Einwande gehört werden könnte, daß es des Beitritts des Neben-Intervenienten zum Siege der unterstützten Partei nicht bedurft hätte. Vergleiche Bolze Band 4 Seite 1113. Die unter einander abweichenden Auffassungen der beiden Vorinstanzen über die Nothwendigkeit und die Berechtigung der Erhebung einer Neben-Intervention können daher auf sich beruhen bleiben. Für die zutreffende Kostenentscheidung sind sie belanglos.

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Reichs-Gew.Ordn. § 10. Der VI. Civ.Sen des R.G.'s hat in dem in den Entsch. Bd. 28 S. 122 flg. veröffentlichten Urtheile ausgesprochen, daß ein nach § 8 Ziff. 1 der Gew.O. ablösbares Zwangs- und Bannrecht nach § 10 desselben Gesetzes denen gegenüber nicht ausgeübt werden könne, welche vor dem 1. Januar 1873 dem Rechte noch nicht unterworfen waren. Dieser Satz, der in einem beim L.G. Dresden anhängig gewesenen, ein von der Stadtgemeinde daselbst in Anspruch genommenes Bannrecht betreffenden Prozesse ausgesprochen war, ist vom R.G. durch Plenarentscheidung vom 8. Juli 1897 wieder aufgegeben worden. Nach derselben steht § 10 der Gew.O. der Ausübung eines Zwangs- und Bannrechtes auch denjenigen Personen gegenüber, welche erst nach dem Inkrafttreten der Gew.Ordn. ihren Wohnsitz in den Bannbezirk verlegt oder dort einen diesem Rechte unterworfenen Gewerbebetrieb begonnen haben, nicht entgegen.*)

2. Nach Abs. 2 Art. 145 des H.G.B.'s bleibt nach der Beendigung der Liquidation dem früheren Gesellschafter das Recht auf Einsicht und Benutzung der Bücher und Papiere der aufgelösten Gesellschaft, mag dieselben einer der gewesenen

*) Wir kommen auf diese Entscheidung und die daraus für Sachsen sich ergebenden Konsequenzen in einem besonderen Aufsatz zurück. Die Redaktion.

Gesellschafter oder ein Dritter in Verwahrung erhalten haben. Im vorliegenden Fall sind die Bücher in den Händen des Beklagten geblieben, weil dieser das Geschäft mit Aktiven und Passiven übernommen hat, der Bücher also bedurfte und aus der Ueberlassung des Geschäfts an ihn von selbst folgte, daß er auch die Bücher erhielt. Den Artikel 145 Abs. 2 des H.G.B.'s auch anzuwenden, wenn ohne Liquidation die Auseinandersetzung durch Uebernahme des Geschäfts Seitens eines Gesellschafters und Abfindung des anderen erfolgt, unterliegt nach Grund und Zweck der Vorschrift, die auch auf diesen Fall zutreffen, keinem Bedenken. Daß die Bücher Eigenthum des Beklagten sind, worauf die Revision hinweist, ist nicht entscheidend, denn abgesehen davon, daß der Vertrag vom 15. Mai 1888 von einer Uebertragung des Eigenthums an den Büchern nichts ergiebt, würden sie durch die Eigenthumsübertragung die Eigenschaft gemeinschaftlicher Urkunden für die Zeit des Bestandes der Gesellschaft, und für diese allein wird die Einsicht gefordert, nicht verloren haben. Die Einsicht späterer Eintragungen durch den Kläger zu verhindern, ist der Beklagte berechtigt und in der Lage. Urth. v. 2. 6. 97. I. 43. 97.

3. Die Revision bekämpft zunächst die Annahme eines Werkverdingungsvertrages und sucht auszuführen, daß der Vertrag vom 28. Nov. 1889 vielmehr die Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen zum Gegenstande gehabt habe und daher nach Art. 338 des H.G.B.'s als Handelskauf zu betrachten sei. Dieser Meinung kann jedoch nicht beigetreten werden. Der Vertrag bezeichnete sich zwar als Lieferungsvertrag, und es wurde darin der Klägerin die Lieferung der Bekleidungsstücke für die Berliner und Charlottenburger Schutzmannschaft in den Jahren 1890, 1891, 1892 und 1893 übertragen. Dadurch aber, daß nach den weiteren Bestimmungen des Vertrages jedem Wachtmeister und Schutzmann zu den für ihn zu fertigenden Kleidungsstücken Maß zu nehmen war, die Kleidungsstücke ihm anzupassen und nicht gut sitzende Kleidungsstücke passend zu machen waren, erscheint, wie bereits im Urtheil des Reichsgerichts vom 9. Januar 1896 IV. 227/95 mit Bezug auf denselben Vertrag angenommen ist, die Schlußfolgerung geboten, daß es sich hier nicht um die Lieferung vertretbarer Sachen handelte, weil die von der Klägerin herzustellenden und zu liefernden Kleidungsstücke individuell und nicht der Gattung nach bestimmt waren. Daß nicht passende Kleidungsstücke für einen anderen Mann, dem sie paßten, angenommen wurden, mag, wie die Revision bemerkt, selbstverständlich gewesen sein, da das Polizeipräsidium kein Interesse hatte, einem solchen Umtausch zu widersprechen. Daraus folgt aber nichts für eine andere Beurtheilung des Vertrages und der darin zu Tage tretenden Absicht, die auf Leistung individuell bestimmter Sachen ging. Urth. v. 3. 6. 97. VI. 29. 97.

4. Der Kläger hatte dem Beklagten 2000 Stück Kalbfelle verkauft, die Lieferung sollte in vier Sendungen erfolgen bis zum 3. November 1895. Der Beklagte hatte die Waare an den Kaufmann L. weiterverkauft. Der Kläger lie-

ferte fristgemäß nur 250 Stück. L. schrieb darauf am 6. November dem Beklagten, daß er den Rest der Lieferung von noch 1750 Stück wegen nicht rechtzeitiger Lieferung annullire. Darauf, nachdem Kläger auch bis zum 13. November nicht geliefert hatte, lehnte der Beklagte die Erfüllung des Vertrags ab und forderte statt deren Schadenersatz. Das wurde als berechtigt anerkannt. Das Reichsgericht sprach dabei aus: Mit Unrecht greift die Revision die Ausführung des Berufungsgerichts an, daß der Beklagte nach Lage der Umstände nicht verpflichtet gewesen sei, dem Kläger zur Erfüllung des Vertrages noch eine Nachfrist zu gewähren. Ob in dieser Beziehung dem eingetretenen Rückgange der Preise Bedeutung beigemessen werden darf, kann dahingestellt werden, da jedenfalls der Rücktritt des Abnehmers des Beklagten, auf dessen Bevorstehen bei weiterer Verzögerung der Lieferung der Kläger wiederholt hingewiesen war, den Ausschluß der Nachfrist rechtfertigt (vergl. Urth. vom 11. April 1885 I. 23/85, bei Bolze Bd. I Nr. 1094). Ohne Grund versucht der Revisionskläger hierbei zu seinen Gunsten geltend zu machen, daß L., der Abnehmer des Klägers, schon am 6. November seinen Rücktritt erklärt, der Beklagte aber von seinem Wahlrecht erst am 13. November Gebrauch gemacht habe. War der Kläger, wie oben festgestellt ist, am 6. November bereits im Verzuge, so hätte der Beklagte die Rücktrittserklärung L.'s noch an demselben Tage weiter geben können. Wenn er dies nicht gethan, sondern mit seiner Erklärung bis zum 13. November gewartet, und damit den Kläger in die Lage gesetzt hat, bis zu diesem Tage die Folgen seines Verzuges zu beseitigen, so kann der Kläger sicherlich hierauf nicht den Anspruch auf eine Nachfrist gründen, die ihm nicht zugestanden hätte, wenn der Beklagte schon am 6. November von seinem Rechte Gebrauch gemacht hätte. Durch das Warten des Beklagten bis zum 13. November erledigt sich auch das von dem Revisionskläger aufgeworfene Bedenken, daß der Beklagte von L. eine Nachfrist hätte verlangen können und müssen, denn diese Nachfrist, wenn sie zu gewähren war, hätte sich keinenfalls über den 13. November hinaus erstreckt. Urth. vom 16. 6. 97. I. 52/97.

5. Nach den §§ 8 flg. des Allg. Landrechts Th. I Tit. 6 ist nur derjenige zum Schadensersatze verpflichtet, welcher einen Anderen ohne Recht kränkt, also widerrechtlich handelt. Eine widerrechtliche Handlung liegt aber nicht vor, wenn Jemand, der öffentlich durch die Zeitungen angegriffen wird, zu seiner Vertheidigung, also zur Wahrnehmung eines berechtigten Interesses, ebenfalls durch Zeitungen Thatsachen verbreitet, die wahr sind, wenn dieselben auch zugleich geeignet sind, den Gegner in der Achtung Anderer herabzusetzen und ihn zu schädigen. Dies ist auch anerkannt in dem Deutschen Strafgesetzbuche § 193 in Verbindung mit § 186. Das neue Bürgerliche Gesetzbuch, welches in § 824 die Verpflichtung zum Schadensersatze bei Verbreitung unwahrer Thatsachen ausspricht, läßt denn auch diese Verpflichtung nicht eintreten, wenn der Verbreiter oder der Empfänger der Mittheilung an ihr ein berechtigtes Interesse hatte. Urth. vom 17. 6. 97. VI. 50. 97.

6. Der Beklagte, ein Banquier, hatte dem Kläger, der zu Spekulationszwecken Börsenpapiere kaufen wollte, die Aktien einer Brauerei als Papiere, an denen Kläger etwas werde verdienen können, empfohlen, ein Steigen des Kurses in Aussicht gestellt und auf die vom Kläger erhobenen Bedenken einzelne Umstände angeführt, die, soviel er wisse, eingetreten seien und die Aussichten für die Rentabilität der Brauerei günstiger, als bisher angenommen worden sei, erscheinen ließen. Der Kläger kaufte eine Anzahl der Aktien, diese fielen aber dauernd im Kurse, ergaben auch keine Dividende. Der Kläger erhob Klage auf Schadenersatz, wurde aber in der Berufungsinstanz abgewiesen, weil das Berufungsgericht den Nachweis nicht für erbracht ansah, daß der Beklagte sich durch seine unbestimmt gehaltenen Aeußerungen wissentlich oder auch nur versehentlich mit der Wahrheit in Widerspruch gesetzt habe. Der von der Revision hiergegen erhobene Angriff, daß es Sache des Beklagten gewesen sei, sich wegen seiner thatsächlich unrichtigen Empfehlungen zu exculpiren, wurde zurückgewiesen. Zwar müßte der Schuldner bei eingetretener Unmöglichkeit der Leistung, zu der er sich verpflichtet habe, das Erfüllungsinteresse leisten, dafern er nicht darthue, daß die Unmöglichkeit durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt sei. Darum handele es sich aber hier nicht. Die Leistung des Beklagten habe in der Ausführung des Auftrags, in dem Erwerb und der Ablieferung der vom Kläger gewünschten Aktien bestanden, die habe er bewirkt, das Interesse, worauf die Klage gehe, sei kein Erfüllungsinteresse, vielmehr beanspruche der Kläger Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden sei, daß er den Auftrag zum Ankauf der Aktien ertheilt habe, und dieser Anspruch sei nur begründet, wenn die Auftragsertheilung durch schuldhaftes Verhalten des Beklagten veranlaßt sei. (Entsch. des R.G.'s Bd. 19 Nr. 19, Seuffert's Archiv Bd. 29 Nr. 177.) Urth. v. 16. 6. 97. I. 58. 97.

7. Die Kaufleute Louis S. und Ludwig R. in Berlin, die Inhaber der Firma Monopol-Weingroßhandlung R. & S. daselbst waren, hatten für ihre Person, nicht für die Handelsgesellschaft, ein Berliner Hotel von der Beklagten gemiethet. Da sie mit der Miethe im Rückstande blieben, erwirkte die Beklagte am 25. April bez. 25. Mai 1894 ihre Verurtheilung zur Zahlung von 12500 ℳ und 18750 ℳ und ließ Pfändungen vornehmen. Am 8. Juni 1894 schlossen darauf die beiden Schuldner mit der Beklagten einen Vertrag, wonach die Handelsgesellschaft als solche als Mitmietherin in den Vertrag eintrat, sich für die von den beiden Theilhabern für ihre Person übernommenen Verpflichtungen selbstschuldnerisch verbürgte, der Beklagten einen Wechsel über 31250 ℳ übergab, der von der Gesellschaft acceptirt war, und ihr eine größere Partie Wein verpfändete. Dafür bewilligte die Beklagte den beiden Gesellschaftern Gestundung für die eingeklagten Miethzinsforderungen und Bezahlung in Raten, die mit dem 15. Oktober 1894 beginnen sollten. Nachdem zum Vermögen der Gesellschaft am 4. August 1894 Konkurs eröffnet worden war, focht der Konkursverwalter den Vertrag an und zwar u. A. auch unter der Behauptung, daß die Bürgschaftsübernahme und Pfandbestellung für die Gesellschaft eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von

§ 25 der Konk.O. gewesen sei. Das Berufungsgericht (Kammergericht) erachtete dies für nicht zutreffend, die Bewilligung der Gestundung und der Zahlung in Raten für die ausgeklagte Privatschuld der Kaufleute R. und S. sei die Gegenleistung für die von der Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen und Leistungen gewesen; diese habe an der Gestundung ein wesentliches Interesse gehabt, da ein Vorgehen der Beklagten gegen die Firmeninhaber wegen ihrer Privatschuld auch zu einer Auflösung der Gesellschaft hätte führen müssen. Der hiergegen erhobene Revisionsangriff wurde als unbegründet erachtet, da es keinem Bedenken unterliege, daß in der Stundung einer fälligen und bereits vollstreckbaren Schuld eines Anderen eine wirkliche Gegenleistung gegen die Uebernahme einer Bürgschaft und Pfandbestellung gefunden werden könne, wie dies auch bereits in einem Urtheile des I. Civ.-Sen. des R.G.'s vom 29. April 1893 ausgesprochen worden sei.

In derselben Sache wurde gegenüber der Behauptung der Revision, daß der in Rede stehende Vertrag aus § 23 Ziff. 2 der Konk.O. anfechtbar sei, bemerkt: „Nach § 23² ist nur die Bestellung der Sicherheit anfechtbar, welche einem Konkursgläubiger gewährt ist, d. h. einer Person, welche Konkursgläubiger sein würde, wenn zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung der Konkurs bereits eröffnet worden wäre. Diese Vorschrift bezieht sich daher nicht auf Rechtshandlungen, durch welche der spätere Gemeinschuldner überhaupt erst Schuldner desjenigen wird, dem zugleich Sicherheit bestellt wird. Die Gesellschaft wurde aber erst durch den Vertrag vom 8. Juni 1894 Schuldnerin der Beklagten. Die in diesem Vertrage gewährte Sicherheit unterliegt demnach nicht der Anfechtung aus § 23² der Konk.O." Urth. vom 10. 6. 97. VI. 37/97.

8. Bei Ablauf des über ein schlesisches Rittergut abgeschlossenen Pachtvertrags einigten sich die Parteien dahin, daß bei Meinungsverschiedenheiten über die für die gesammte Auseinandersetzung aufzustellende Schlußabrechnung sowie überhaupt bei allen Streitigkeiten, die sich bei der Lösung des Pachtverhältnisses ergeben würden, ein von der Liegnitz-Wohlauer Fürstenthums-Landschaft zu erbittender Landesältester mit Ausschluß des Rechtsweges entscheiden solle. Der auf Ansuchen der Parteien von der Landschaft zum Schiedsrichter bestellte Landesälteste Sch. fällte einen Schiedsspruch, schloß aber davon einige Streitpunkte aus, indem er insoweit die Parteien auf den Rechtsweg verwies. Es entstand daher die Frage, ob der Schiedsspruch nach § 859 der C.P.O. außer Kraft getreten sei. Das O.L.G. Breslau verneinte das und dies wurde vom Reichsgericht gebilligt. Die Gründe führen in dieser Richtung aus: „Die §§ 857, 859 der C.P.O. sollen nicht alle denkbaren Fälle der Bestellung des Schiedsrichters treffen. Der § 857 hat den Fall im Auge, wenn ein nicht im Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter nach Vertrag oder Gesetz von einer Partei bezw. für eine Partei von dem Gerichte ernannt worden ist (§§ 854, 855, 857 Satz 2), der § 859 (Ziffer 1) aber nur den Fall, wenn bestimmte Personen im Vertrage selbst zu Schiedsrichtern ernannt sind. Von dem hier vorliegenden Falle, wo in dem Schiedsvertrage bestimmt ist, daß die Ernennung des Schiedsrichters durch einen

Dritten erfolgen soll, schweigt das Gesetz. Ist im Vertrage selbst eine bestimmte Person zum Schiedsrichter ernannt, so ist, wenn diese Person stirbt, sonst wegfällt, die Uebernahme oder Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert, die Annahme gerechtfertigt, daß die Parteien den Schiedsspruch nur durch diesen bestimmten Schiedsrichter gefällt wissen wollen. Hierauf beruht die Bestimmung des § 859; diese Erwägung trifft aber nicht zu, wenn der von den Parteien gewählte Weg zur Konstituirung des Schiedsgerichtes darin besteht, daß ein Dritter den Schiedsrichter bestellen soll. Im Einzelfall kann freilich auch solchenfalls, wenn der durch den Dritten bestellte Schiedsrichter die Uebernahme des Schiedsrichteramtes verweigert ꝛc., nach der aus den konkreten Umständen zu entnehmenden Vertragsintention die Annahme geboten sein, daß die Parteien an den Schiedsvertrag nicht weiter gebunden sein wollen. Liegen aber, wie hier, solche Umstände nicht vor, so entscheiden (wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt) allgemeine Grundsätze darüber, ob der Schiedsvertrag wegen Unausführbarkeit als hinfällig anzusehen ist. Diese Unausführbarkeit ist nicht festgestellt, nicht einmal behauptet. Die Parteien können miteinander den von der Landschaft bestellten Landesältesten Sch., der überdies jetzt sich zur Entscheidung über die noch streitigen Punkte bereit erklärt haben soll, um Ergänzung seines Schiedsspruches angehen, und auch der andere von dem Berufungsgericht bezeichnete Weg, daß die Parteien, wenn Sch. wiederholt die weitere Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigerte, die Landschaft um Bestellung eines anderen Schiedsrichters ersuchen, ist prinzipiell nicht ausgeschlossen. Urth. v. 10. 6. 97. VI. 33. 97.

Literatur.

Besprechungen.

Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte von Joh. Friedr. von Schulte, Geh. Justizrat und ord. Professor der Rechte in Bonn. Sechste umgearb. Auflage. Stuttgart, Verl. v. W. Kohlhammer (früher Wilhelm Nitzschke) 1893.

Unter den hervorragenden neueren Bearbeitungen der deutschen Staats- und Rechtsgeschichte nimmt das von Schulte'sche Werk ohne Zweifel einen ehrenvollen Platz ein, und zwar hauptsächlich wegen der ebenso ansprechenden als zweckmäßigen Form der Darstellung, vermöge deren der bekannte Verfasser den fast unübersehbaren Stoff auf verhältnißmäßig sehr knappen Raum, der noch dazu ziemlich zur Hälfte für Belegstellen verwerthet ist, zusammenzudrängen und gleichwohl von allen irgend wesentlichen Erscheinungen der allgemeinen und partikularen Rechtsentwicklung ein frisches und farbenreiches Bild zu zeichnen verstanden hat. Gesunder praktischer Sinn, Klarheit der Ziele und vollendete Unparteilichkeit treten wohlthuend hervor. Nicht nur der angehende Jurist, sondern jeder, der über das öffentliche und private Recht unserer Vergangenheit unterrichtet sein will, nicht zuletzt auch der Praktiker, dem es um eine gelegentliche Auskunft zu thun ist, wird das Buch gern zur Hand nehmen, zumal auch der Geschichte des Privatrechts der ihr gebührende Raum vergönnt worden ist. Es mag deshalb gerechtfertigt erscheinen, wenn auf die schon seit mehreren Jahren vorhandene sechste Auflage des Werks noch jetzt hingewiesen wird.

Landgerichtsdirektor Fuchs, Leipzig.

Abhandlungen.

Ueber die in § 21 des Sächsischen Gesetzes vom 12. Mai 1873 behandelten Zwangs- und Bannrechte.

Von Reichsgerichtsrath Hoffmann in Leipzig.

Die Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 bestimmt in den §§ 7, 8, 9 und 10, die von den zahlreichen Abänderungen, welche dieses Gesetz später erfahren hat, unberührt geblieben sind, Folgendes:

§ 7.

Vom 1. Januar 1873 ab sind, soweit die Landesgesetze solches nicht früher verfügen, aufgehoben:

1. die noch bestehenden ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, d. h. die mit dem Gewerbebetriebe verbundenen Berechtigungen, Andern den Betrieb eines Gewerbes, sei es im Allgemeinen oder hinsichtlich der Benutzung eines gewissen Betriebsmaterials, zu untersagen oder sie darin zu beschränken;
2. die mit den ausschließlichen Gewerbeberechtigungen verbundenen Zwangs- und Bannrechte, mit Ausnahme der Abdeckereiberechtigungen;
3. alle Zwangs- und Bannrechte, deren Aufhebung nach dem Inhalte der Verleihungs-Urkunde ohne Entschädigung zulässig ist;
4. . . . .
5. . . . .
6. vorbehaltlich der an den Staat und die Gemeinde zu entrichtenden Gewerbesteuern, alle Abgaben, welche für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden, sowie die Berechtigung, dergleichen Abgaben aufzuerlegen.

Ob und in welcher Weise den Berechtigten für die vorstehend aufgehobenen

ausschließlichen Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechte u. s. w. Entschädigung zu leisten ist, bestimmen die Landesgesetze.

§ 8.

Von dem gleichen Zeitpunkte (§ 7) ab unterliegen, soweit solches nicht von der Landesgesetzgebung schon früher verfügt ist, der Ablösung:

1. diejenigen Zwangs- und Bannrechte, welche durch die Bestimmungen des § 7 nicht aufgehoben sind, sofern die Verpflichtung auf Grundbesitz haftet, die Mitglieder einer Korporation als solche betrifft oder Bewohnern eines Orts oder Distrikts vermöge ihres Wohnsitzes obliegt;
2. das Recht, den Inhaber einer Schankstätte zu zwingen, daß er für seinen Wirthschaftsbedarf das Getränk aus einer bestimmten Fabrikationsstätte entnehme.

Das Nähere über die Ablösung dieser Rechte bestimmen die Landesgesetze.

§ 9.

Streitigkeiten darüber, ob eine Berechtigung zu den durch die §§ 7 und 8 aufgehobenen oder für ablösbar erklärten gehört, sind im Rechtswege zu entscheiden.

Jedoch bleibt den Landesgesetzen vorbehalten, zu bestimmen, von welchen Behörden und in welchem Verfahren die Frage zu entscheiden ist, ob oder wie weit eine auf einem Grundstück haftende Abgabe eine Grundabgabe ist, oder für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werden muß.

§ 10.

Ausschließliche Gewerbeberechtigungen oder Zwangs- und Bannrechte, welche durch Gesetz aufgehoben oder für ablösbar erklärt worden sind, können fortan nicht mehr erworben werden.

Realgewerbeberechtigungen dürfen fortan nicht mehr begründet werden.

Zur Ausführung der in den §§ 7, 8 getroffenen Bestimmungen wurde in Sachsen unter dem 12. Mai 1873 das Gesetz, die Entschädigung gewisser mit dem städtischen Braurbar verbundenen Berechtigungen, sowie des Bierverlagsrechts von Landbrauereien betreffend, erlassen. (Ges.- und Verord.-Bl. Nr. 66 S. 428 flg.). Darin ist in § 21 Abs. 1[1]) bestimmt: . . . .

Zwangs- und Bannrechte der im § 8 bei I der Gew.O. vom 21. Juni 1869 bezeichneten Gattung, welche mit dem städtischen Braurbar im Zusam-

[1]) Der Absatz 2 und die darin angezogenen Bestimmungen in § 2 unter aa und bb kommen für die Frage, um die es sich hier handelt, nicht in Betracht.

menhange stehen, unterliegen, auch wenn die Verpflichtung den Besitzern einzelner Brauhäuser obliegt, vom 1. Januar 1873 ab auf Antrag des Verpflichteten der Aufhebung. Letzterer hat solchenfalls dem Berechtigten eine dem durchschnittlichen Reinertrage (§ 10) des Rechtes gleichkommende, jedoch jederzeit nach einhalbjähriger, beiden Theilen freistehender Kündigung mit dem zwanzigfachen Betrage ablösliche Jahresrente zu gewähren.

Der in dieser Vorschrift angezogene § 10 des Gesetzes lautet:

Reinerträge, wenn sie zur Werthsermittlung benutzt werden sollen, sind mit dem zwanzigfachen Betrage zu kapitalisiren.

Bei Ermittlung von Reinerträgen ist der Durchschnitt der fünf Jahre 1867 bis 1871 zu Grunde zu legen.

Die Frage, welche Bedeutung diesen Bestimmungen des Sächsischen Gesetzes und der Gew.O. zukommt, ist in mehreren Prozessen erörtert worden, die zwischen der Stadtgemeinde Dresden und verschiedenen Personen, die dort das Braugewerbe betrieben, anhängig geworden waren. Dieser Gemeinde ist nämlich in alter Zeit ein Bannrecht dahin verliehen worden, daß die dortigen Brauereien die zu ihrem Betriebe erforderlichen Braupfannen ausschließlich von ihr entnehmen und für deren Benutzung für jedes Gebräude einen Pfannenzins und ein sogenanntes Zweigroschengeld entrichten mußten.[2])

Nach dem Jahre 1870 wurde von verschiedenen Brauern der Fortbestand des Bannrechts bestritten, sie beriefen sich dabei auf die Sächs. Gesetze vom 27. März 1838 und 19. Februar 1850 sowie auf die Gew.O. vom 15. Oktober 1861 und wollten ev. angenommen wissen, daß das Bannrecht jedenfalls durch die §§ 7, 8, 10 der Reichs-Gew.O. und das zu deren Ausführung erlassene Sächs. Gesetz vom 12. Mai beseitigt sei.[3])

---

[2]) Das Recht besteht nachweislich schon seit dem 14. Jahrhundert und ist später wiederholt landesherrlich bestätigt worden. Meines Wissens ist es früher in der Weise ausgeübt worden, daß die Stadt eine Anzahl transportabler und dementsprechend kleinerer Braupfannen hielt, die den einzelnen Brauern bei Bedarf zugefahren und dann wieder weggeholt wurden. Mit der jetzigen Gestaltung des Brauwesens ist ein solches Verfahren nicht vereinbar, die Stadt ließ daher später die Pfannen in den gewünschten Größenverhältnissen herstellen und in den Brauereien fest aufstellen und erhalten. Die dafür zu entrichtende Abgabe — Pfannenzins und Zweigroschengeld — bildet für die Stadt eine nicht unbedeutende Einnahme, für die Brauer dementsprechend eine beträchtliche Belastung.

[3]) In erster Linie wollten die Brauer angenommen wissen, das der Pfannenzins eine Abgabe sei, die für den Betrieb eines Gewerbes entrichtet werde und daher unter die Bestimmung in § 7 Ziff. 6 der Reichs-Gew.-O. falle; diese Auffassung wurde indeß in allen Instanzen verworfen. Vergl. Wenglers Archiv N. F. Bd. 8 S. 408, 417 flg. Bestreiten wird sich nicht lassen, daß das Bannrecht thatsächlich durchaus wie eine Kommunalabgabe wirkt, der Stadtrath in Dresden versuchte auch eventuell diesen Umstand zu benutzen, um den Streit mit den Brauern der Entscheidung der Gerichte zu entziehen. Wenglers Archiv a. a. O. S. 403. Als Kommunalsteuer betrachtet ist das Bannrecht gewiß sehr unzweckmäßig gestaltet, kein

Die in Folge dessen von der Stadtgemeinde angestrengten Prozesse[4]) richteten sich zunächst gegen Brauereien, die bereits vor dem Inkrafttreten der Reichs-Gew.O. begründet waren, oder doch als Fortsetzung älterer Brauereien angesehen wurden.[5]) Sie wurden zwar von dem Landgerichte Dresden anfänglich zu Ungunsten der Stadtgemeinde entschieden, diese siegte jedoch in den Oberinstanzen. Später erhob sie Klage auch gegen Brauereien, die erst nach dem 1. Januar 1873 entstanden waren. Die erste Instanz nahm hier an, daß der Ausübung des Bannrechts die Bestimmungen in § 10 der Gew.O. und in § 21 des Sächs. Gesetzes vom 12. Mai 1873 entgegen stünden.[6]) In dem angezogenen Sächs. Gesetze sei nicht geregelt, wie die in § 21 erwähnten Bannrechte, zu denen nach den Motiven des Gesetzes (Landtagsakten 1871/73 Abth. I Bd. 3 S. 436) das hier in Rede stehende Recht der Stadtgemeinde Dresden gehören solle, als Gesammtrechte abgelöst werden könnten, den Gegenstand der in dem Gesetze geordneten Ablösung bildeten vielmehr nur die dem Bannberechtigten gegenüber den Einzelverpflichteten entstandenen Bannbefugnisse (Zweigansprüche); es sei auch nicht vorgesehen, in welcher Weise die Gesammtheit der Bannpflichtigen bei einer Ablösung des Gesammtrechts vertreten werden solle; bei dem Bannrechte der Stadt Dresden sei das um so bedeutsamer, als hier die Gesammtheit der Bannpflichtigen unmöglich durch die Stadtgemeinde, die sonst die natürliche Repräsentantin sein würde, vertreten werden könnte, da die Gemeinde selbst die Bannberechtigte sei. Daraus und aus § 10 der Gew.O. ergebe sich, daß aus dem Bannrechte der Stadtgemeinde Zweigansprüche gegen Personen, die erst nach dem 1. Januar 1873 den Brauereibetrieb in Dresden begonnen hätten, nicht mehr hätten begründet werden können, das Bannrecht als Stammrecht seine rechts-

---

Gemeinwesen, daß die Biererzeugung als Steuerquelle ausnutzen will, wird in der Jetztzeit daran denken, die in Dresden bestehende Einrichtung zu wählen. Gewichtiger als die Unzweckmäßigkeit der Gestaltung ist die Ungleichmäßigkeit der Besteuerung. Eine oder mehrere Brauereien waren meines Wissens von jeher von dem Bannrechte eximirt, mit zwei andern Brauereien hat die Stadtgemeinde früher Verträge abgeschlossen, nach welchen diese Brauereien eine jährliche Abgabe von je 600 ℳ statt des Pfannenzinses und des Zweigroschengeldes zu entrichten haben. Wenglers Archiv a. a. O. S. 402, 403. Diese Summe ist viel niedriger als der Betrag sein würde, den die Brauereien nach den Umfange ihres Betriebes als Pfannenzins ꝛc. zu bezahlen hätten. Thatsächlich liegt die Sache also so, daß einzelne der in Betracht kommenden Gewerbetreibenden von der Kommunalsteuer ganz frei sind, einzelne eine nur niedrige, andere eine hohe Steuer bezahlen müssen.

[4]) Die Gemeinde hat mehrere Jahre hindurch Abstand genommen, die Brauer, welche die Zahlung des Zinses verweigerten, im Klagwege dazu zu zwingen, wahrscheinlich haben ihre Vertreter es selbst als zweifelhaft angesehen, ob das Bannrecht noch Bestand habe. Für die Brauer hat dieses Verfahren die Folge gehabt, daß sie später große Summen auf einmal beschaffen und den Zins für eine Reihe von Jahren bezahlen mußten, während deren ihnen die Stadt keine Pfannen gewährt hatte. Wenglers Archiv a. a. O.

[5]) So die Aktienbrauerei Gambrinus.

[6]) Stadtgemeinde Dresden gegen Gebrüder Berthold und Genossen, Cg. I. 429/90.

erzeugende Kraft verloren habe. Denn ohne diese Annahme würden, ohne daß dem durch Ablösung entgegen getreten werden könnte, Zweiganspräche in alle Zukunft neu entstehen, was mit § 10 der Gew.O. in Widerspruch stehe. Das Oberlandesgericht trat auch dem entgegen.[7]) Die vom Landgerichte angenommene Beschränkung des Bannrechts auf die älteren Brauereien würde eine theilweise Aufhebung ohne Entschädigung in sich schließen, davon enthalte der § 21 des Ges. vom 12. Mai 1873 keine Andeutung. Dann fahren die Gründe fort:

„Die Reichs-Gew.O. hat nicht die Aufhebung, wie für die in § 7 daselbst bezeichneten Rechte, sondern nur die Ablösbarkeit des Bannrechts anzuordnen für erforderlich angesehen, und wenn auch die Landesgesetzgebung hierdurch nicht behindert gewesen sein würde, ihrerseits auch dieses Recht aufzuheben, so ist das doch nicht geschehen. Man hat sich vielmehr damit begnügt, nach § 8 Abs. 2 der Reichs-Gew.O. Bestimmungen über die Ablösbarkeit zu treffen, und zwar dahin, daß auf Antrag des Verpflichteten eine ablösbare Jahresrente festgesetzt werden soll. Da die Beklagten eine Aufhebung des Gesammtrechts durch Ablösung nicht behauptet haben, so ist gegenwärtig darüber nicht zu entscheiden, ob und in welcher Weise eine solche Ablösung erfolgen könne. Jedenfalls aber ist mit den Vorschriften der Reichs-Gew.O. und des Gesetzes von 1873 — da das Bannrecht als solches fortbesteht, — die Meinung nicht unvereinbar, daß dem einzelnen Verpflichteten durch § 21 das Recht gegeben sei, seinen Gewerbebetrieb von der Wirkung des Bannrechts zu befreien."

Die Gründe weisen hiernächst noch darauf hin, daß bei der vom Landgerichte angenommenen Auffassung die neueren Brauereien unbillig vor den älteren bevorzugt sein würden.

In diesem Prozesse wurde jedoch durch Urtheil des VI. Civilf. des Reichsgerichts[8]) die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt. In dem Urtheil wird aus der Bestimmung in § 10 der Gew.O., wonach Zwangs- und Bannrechte, welche für ablösbar erklärt sind, fortan nicht mehr erworben werden können, die Folgerung abgeleitet, daß die frühere Verleihung des Bannrechts vom 1. Januar 1873 an aufgehört habe, einen Titel für die Beschwerung solcher Personen zu bilden, welche dem Bannrechte bis dahin nicht unterlegen hätten, und daß deshalb gegenüber den neubegründeten Brauereien das von der Stadtgemeinde beanspruchte Bannrecht nicht mehr habe erworben werden können. Gegenüber der Bemerkung des Oberlandesgerichts, daß das Bannrecht als solches, als Gesammtrecht, noch fortbestehe, sodaß es durch die Eröffnung eines neuen Brauereibetriebes nicht neu erworben werde, wird geltend gemacht, daß damit der Rechtsgrund für die Er-

[7]) Urtheil des I. Civ.-Senats vom 13. Juli 1891. O. I. 50/91.

[8]) Entsch. Bd. 28 S. 122 flg. Das Urtheil ist am 19. November 1891 verkündet, wird also richtiger als Urtheil von diesem Tage — nicht vom 16. November 1891, an welchem Tage die mündliche Verhandlung stattgefunden hat, — bezeichnet.

werbung eines Zwangs- und Bannrechts irrthümlich dem Zwangs- und Bannrechte selbst gleichgestellt sei. Hiernach muß angenommen werden, daß der VI. Civils. bei Fällung jenes Urtheils unter Zwangs- und Bannrechten im Sinne der §§ 7, 8, 10 der Gew.O. das Rechtsverhältniß des Berechtigten zu den einzelnen Verpflichteten verstanden hat.

Die Frage, wie diese reichsgesetzlichen Bestimmungen auszulegen seien, ist in neuester Zeit in einem vor dem V. Civils. des Reichsgerichts anhängig gewordenen Prozesse nochmals zur Sprache gekommen, und hierbei ist durch Plenarbeschluß vom 8. Juli 1897 im Gegensatze zu der früher vom VI. Senate vertretenen Auffassung dahin entschieden worden, daß ein ablösbares Zwangs- und Bannrecht auch gegen diejenigen Personen ausgeübt werden könne, welche erst nach dem Inkrafttreten des § 10 der Gew.O. in dem Bannbezirk ihren Wohnsitz erlangt oder den belasteten Gewerbebetrieb begonnen haben. Maßgebend sind hierbei folgende Erwägungen gewesen: Die Gew.O. enthält keine Bestimmung, durch welche die für ablösbar erklärten Berechtigungen schon vor der Ablösung eine Einschränkung oder Abminderung erfahren hätten, dieselben bleiben also, bis die Ablösung erfolgt, mit dem bisherigen Rechtsinhalt bestehen. Unter einem Zwangs- und Bannrecht versteht man nun die Befugniß, von den Einwohnern eines bestimmten Bezirks oder von gewissen Klassen derselben verlangen zu dürfen, daß sie gewisse wirthschaftliche Bedürfnisse bei keinem Andern als dem Bannberechtigten befriedigen.[9]) Wenn nun auch über die rechtliche Natur der Bannrechte und ihre Einreihung in das Rechtssystem keine Uebereinstimmung besteht, so findet sich doch nirgends ein Anklang an die dem Urtheil vom 19. November 1891 zu Grunde liegende Auffassung, die das Rechtsverhältniß in eine unbestimmte Zahl von einzelnen Bannrechten auflöst und in dem Gesammtrecht nur den Rechtsgrund für diese Einzelrechte erblickt. Das Bannrecht ist vielmehr nach allgemeiner Meinung, eine einheitliche Berechtigung gegenüber einer unbestimmten Zahl von Verpflichteten. Dafür, daß die Gew.O. den Begriff des Bannrechts anders aufgefaßt habe, liegt nicht nur keinerlei Anhalt vor, sondern es spricht direkt dagegen der Umstand, daß darin (§§ 7, 8) auf die früheren Landesgesetzgebungen Bezug genommen wird, diesen aber unzweifelhaft die Auffassung des Bannrechts als eines einheitlichen zu Grunde liegt.[10])

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß nach dieser neueren, m. E. zweifellos richtigen Entscheidung des Reichsgerichts in Sachsen anderweit Streit wegen des

[9]) Für Sachsen vergl. die Motive zu dem nachmals unter dem 27. März 1838 erlassenen Gesetze in den Landtagsakten 1834 Abth. I Bd. 4 S. 85, Haubold, Sächs. Priv. Recht III Aufl. Bd. 1 S. 581.

[10]) Vergl. die §§ 34 und 44 des Preuß. Entschädigungsgesetzes vom 17. Januar 1845 und § 10 des Preuß. Ges. vom 17. März 1868, das Sächs. Ges. vom 27. März 1838 § 26 flg. das Württembergische Gesetz vom 8. Juni 1849 Art. 5, das Hannöversche Gesetz vom 17. April 1854, das Weimarsche Gesetz vom 19. April 1865 § 3.

Fortbestandes von Bannrechten der hier in Rede befangenen Art entstehen wird.[11]) Durch den Plenarbeschluß vom 8. Juli 1897 steht fest, daß der Ausübung der Bannrechte gegen Personen, die erst nach dem Inkrafttreten der Reichs-Gew.O.[12]) in das die Bannpflicht herbeiführende Verhältniß eingetreten sind, die Reichsgesetzgebung, insbesondere § 10 der Gew.O. nicht entgegensteht, es wird sich also bei etwaigen künftigen Streitigkeiten nur darum handeln können, wie die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen Sachsens auszulegen sind. Das O.L.G. zu Dresden hat in dem Urtheile vom 27. September 1886 nicht verkannt, daß es an sich als zweifelhaft angesehen werden könne, ob nicht das in Frage stehende Bannrecht durch die älteren Sächsischen Gesetze, insbesondere durch dasjenige vom 19. Februar 1850 habe aufgehoben werden sollen, es hat aber in dem Gesetze vom 12. Mai 1873 eine authentische Interpretation der älteren Gesetze erblickt, nach welcher jenes Recht als noch fortbestehend zu gelten habe.[13]) Ich glaube nicht, daß in etwaigen späteren Prozessen diese Auffassung mit Aussicht auf Erfolg wird bekämpft werden können, dagegen bin ich der Meinung, daß die Beurtheilung, welche die Bestimmungen des Gesetzes vom 12. Mai 1873 in dem oberlandesgerichtlichen Urtheile vom 13. Juli 1891 gefunden haben, zu Zweifeln Anlaß bieten kann.

Das Landgericht Dresden hatte, wie bereits erwähnt worden ist, in dem Prozesse der Stadtgemeinde gegen Gebrüder Berthold und Gen. angenommen, aus den Bestimmungen in §§ 21 und 10 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 ergebe sich, daß nach der Absicht des Sächsischen Gesetzgebers die in § 21 bezeich-

[11]) Zahlreich dürften diese Rechte allerdings nicht sein, die Motive zu § 21, 22 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 erwähnen noch zwei Orte — Chemnitz und Schwarzenberg —, wo ähnliche Bannrechte wie in Dresden bestehen. Landtags-Akt. a. a. O. S. 453. In beiden Orten scheint das Rechtsverhältniß etwas anders gestaltet zu sein als in Dresden, insbesondere die Bannpflicht auf einer geschlossenen Anzahl von Grundstücken zu lasten. Näheres darüber ist mir nicht bekannt.

[12]) In dem Prozesse gegen Gebrüder Berthold und Gen. ist als der entscheidende Zeitpunkt auch vom Reichsgericht der 1. Januar 1873 angesehen worden, dergestalt, daß von diesem Tage an Zwangs- und Bannrechte der in Rede stehende Ort nicht mehr hätten entstehen können. Zu dieser Auffassung liegt kein stichhaltiger Grund vor. § 10 der Gew.-O. bestimmt, daß solche „fortan" nicht mehr erworben werden können, das heißt dem Wortsinne nach „von jetzt an" also von Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes an. Es ist auch mit der unzweifelhaften Absicht des Gesetzes, die in Frage befangenen Rechte durch Aufhebung oder Ablösung zu beseitigen, die Annahme ganz unvereinbar, daß das in § 10 enthaltene Verbot der Neubegründung erst zu einem späteren Zeitpunkte als dem des Inkrafttretens des Gesetzes habe wirksam werden sollen. Die Hinausschiebung der Aufhebung und Ablösbarkeit auf den 1. Januar 1873 wird durch eine billige Schonung wohlerworbener Rechte erklärt, aber diese Rücksicht kann nicht in Betracht kommen, soweit es sich um die Begründung neuer Rechte handelt. Auch bei der Berathung der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 8. Juli 1897 ist die Meinung, daß unter „fortan" im Sinne von § 10 der Gew.-O. die Zeit des Inkrafttretens der Gewerbeordnung zu verstehen sei, als die richtige angesehen worden.

[13]) Wenglers Archiv a. a. O. S. 407, 426.

neten Bannrechte nicht mehr die Kraft haben sollten, für diejenigen Personen, die erst nach dem 1. Januar 1873 in das Verhältniß eintreten würden, das früher ihre dem Bannrechte entsprechende Verpflichtung zur Folge gehabt hätte, diese Verpflichtung zu begründen. Als Grund hierfür ist insbesondere geltend gemacht, daß das angezogene Gesetz keinen Weg an die Hand gebe, wie das Bannrecht als Gesammtrecht abgelöst werden könne. Das Oberlandesgericht hat dahingestellt gelassen, ob diese Annahme begründet sei, da, auch wenn es der Fall wäre, hieraus nicht die vom Landgerichte angenommene Folgerung abzuleiten sein würde.

Nun kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß das Wort „Bannrecht" in § 10 der Gew.O. dasselbe bedeutet wie in den §§ 7, 8. Ist also, wie das Urtheil vom 13. Juli 1891 mit Recht annimmt, unter Bannrecht in § 10 das Gesammtrecht, d. i. die einheitliche dem Bannberechtigten gegen alle jetzigen und künftigen Verpflichteten zustehende Berechtigung zu verstehen, so besagt auch § 8 Ziff. 1, daß die dort bezeichneten Bannrechte als Gesammtrechte spätestens vom 1. Januar 1873 an der Ablösung unterliegen. Demnach ist durch den letzten Absatz des § 8 der Gesetzgebung jedes Einzelstaates, in dessen Gebiete Rechte der in Frage befangenen Art noch bestehen, die Verpflichtung erwachsen, den Weg zu regeln, wie die Gesammtrechte abzulösen seien, soweit nicht die bereits früher erlassenen Landesgesetze demjenigen, was die Reichs-Gew.O. fordert, Genüge leisten. Man würde deshalb, wenn man mit dem Urtheil vom 13. Juli 1891 anzunehmen hätte, daß der Sächsische Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt habe, die Wirksamkeit der in § 21 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 bezeichneten Rechte auf die bereits vor dem 1. Januar 1873 entstandenen und bannpflichtig gewordenen Betriebe zu beschränken, und andererseits die Meinung des Landgerichts Dresden begründet wäre, daß die Sächsische Gesetzgebung einen Weg zur Ablösung der Bannrechte als Gesammtrechte nicht vorgesehen habe, zu dem Ergebnisse gelangen, daß die Sächsische Gesetzgebung die ihr durch § 8 der Gew.O. gestellte Aufgabe nicht genügend erfüllt habe. Hieran wird durch die in dem Urtheil vom 13. Juli 1891 enthaltene Erwägung: es sei mit den Vorschriften der Gew.O. und des Gesetzes vom 12. Mai 1873 die Meinung nicht unvereinbar, daß dem einzelnen Verpflichteten durch § 21 dieses Gesetzes das Recht gegeben sei, seinen Gewerbebetrieb von der Wirkung des Bannrechts zu befreien, nichts geändert. Ich halte für durchaus unzweifelhaft, daß die Landesgesetzgebung Bestimmungen treffen konnte, nach welchen sich der einzelne Bannpflichtige für seine Person und für seine Rechtsnachfolger unbeschadet des Fortbestandes des Bannrechts als Gesammtrechts von seiner Verpflichtung befreien kann,[14]) allein ebenso unzweifelhaft

[14]) Solche Einzelablösungen sind schon in der früheren Ablösungsgesetzgebung vorgesehen; vergl. z. B. das Sächs. Gesetz vom 17. März 1832 §§ 57, 64, die Preuß. Gesetze vom 17. Januar 1845 § 34 und vom 17. März 1868 § 10.

Umfassende Bestimmungen über die Einzelablösung enthält übrigens das Gesetz vom 12. Mai 1873 dann nicht, wenn man mit dem Oberlandesgerichte annimmt, daß dieses Ge-

erscheint mir nach demjenigen, was vorstehend über die Bedeutung des Schlußabsatzes von § 8 der Gew.O. bemerkt worden ist,[15]) zu sein, daß die Landesgesetzgebung sich auf solche Bestimmungen nicht hat beschränken dürfen, daß die Einzelstaaten vielmehr vermöge der ihnen durch die Reichsgesetzgebung gestellten Aufgabe die Verpflichtung gehabt haben, den Weg zu regeln, auf welchem die Bannpflicht für alle, die beim Fortbestande des Gesammtrechts jetzt bannpflichtig sind oder es künftig werden, zur Erlöschung gebracht werden kann. Ausreichend gegenüber den Vorschriften der Gew.O. sind landesrechtliche Vorschriften, die blos die Ablösung der bereits in Kraft getretenen Einzelverpflichtungen regeln, nur dann, wenn die Landesgesetzgebung gleichzeitig bestimmt hat, daß neue Einzelverpflichtungen nicht mehr entstehen sollen; denn damit ist das Bannrecht als Gesammtrecht aufgehoben und sein Fortbestand auf die Einzelrechte beschränkt, die gegenüber den bereits bannpflichtig gewordenen Personen, bez. Betrieben früher entstanden sind. Für diese allein aufrecht erhaltenen Rechte ist dann die durch das Reichsgesetz geforderte Ablösungsmöglichkeit gegeben.

Anlangend nun die Frage, in welcher Weise die Sächsische Gesetzgebung die Ablösung der in § 21 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 behandelten Bannrechte geordnet habe, so ist nach meiner Meinung anzunehmen, daß sie lediglich die Ablösung der durch die Bannrechte bis zum 1. Januar 1873 bereits begründeten Einzelrechte hat regeln wollen. Das angezogene Gesetz enthält neben der Bestimmung in § 21, die sich auf die Höhe der bei der Ablösung von dem Verpflichteten dem Berechtigten zu gewährenden Abfindung beschränkt, in § 24 eine Verweisung auf das Gesetz vom 17. März 1832, in der Weise, daß dessen Vorschriften mit den in den §§ 31 flg. des Gesetzes vom 15. Mai 1851 enthaltenen Abänderungen „hinsichtlich des Verfahrens" analog Anwendung finden sollen. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung ist anzunehmen, daß auf die hier in Frage stehenden Ablösungen nur die im siebenten Abschnitte des Gesetzes von 1832 (§§ 206 flg.) getroffenen prozeßualen Bestimmungen mit den durch die §§ 31, 32, 33 des Gesetzes vom 15. Mai 1851 eingeführten Abänderungen entsprechend angewendet werden

---

setz die in § 21 behandelten Bannrechte auch gegenüber denjenigen, die erst nach dem 1. Januar 1873 in das die Bannpflicht begründende Verhältniß eingetreten sind, aufrecht erhalten habe. S. nachstehend S. 475.

[15]) Gegenüber diesen unmittelbar auf die positiven Bestimmungen des Reichsgesetzes gestützten Erwägungen bedarf es an sich keiner Berufung auf Gründe, die sich auf die Absicht des Gesetzgebers stützen. Mit Recht hat aber das Landgericht Dresden darauf hingewiesen, daß die vom Gesetzgeber unzweifelhaft beabsichtigte Beseitigung der durch die Bannrechte dem gewerblichen Leben bereiteten Erschwerungen und Belästigungen nicht erreicht werden würde, wenn nur jedem von dem Bannrechte Betroffenen die Befugniß eingeräumt würde, sich von der eigentlichen aus den Bannrechte folgenden Verpflichtung durch Bezahlung einer Geldrente oder eines Abfindungskapitals zu befreien, das Bannrecht als Gesammtrecht aber in alle Zukunft bestehen bleiben und immer neue Verpflichtungen begründen würde, ohne daß dies durch Ablösung des Gesammtrechts verhindert werden könnte.

sollen. Hierfür spricht auch noch ein weiterer Umstand. Das Gesetz von 1832 enthält allerdings Bestimmungen darüber, unter welchen Umständen dann, wenn einem für ablösbar erklärten Rechte eine nicht geschlossene Zahl der jetzigen und künftigen Bewohner eines Ortes oder Bezirks unterliegt, die Ablösung stattzufinden habe, welches Stimmrecht insbesondere hierbei den einzelnen Verpflichteten zukommt (§§ 57 flg.). Keine derselben scheint mir jedoch geeignet, klare Maße darüber zu geben, wie die Ablösung der hier in Rede stehenden Bannrechte als Gesammtrechte erfolgen solle, wenigstens nicht für Fälle, wo die Rechtsverhältnisse so liegen, wie bei dem Dresdner Bannrechte.[16]) Ich will nicht behaupten, daß sich auch bei freier entsprechender Anwendung der Bestimmungen des Gesetzes von 1832 überhaupt kein Weg konstruiren ließe, wie das Gesammtrecht unter Verhältnissen, wie sie in Dresden liegen, zur Ablösung gebracht werden könnte. Das ist aber nicht entscheidend, es kommt vielmehr darauf an, ob der Gesetzgeber den möglicher Weise konstruirbaren Weg auch wirklich im Auge gehabt und für die Ablösung der hier in Betracht kommenden Bannrechte vorzuschreiben beabsichtigt habe. Das aber ist m. E. zu verneinen; ich glaube, daß der Gesetzgeber wenn er eine Ablösung der Gesammtrechte gewollt hätte, sich nicht mit der vielfachen Zweifeln Raum lassenden Verweisung auf das durch das Gesetz von 1832 geregelte Verfahren begnügt, sondern die in Betracht kommenden Fragen in bestimmterer Weise geregelt hätte.

Hierbei ist auch noch Folgendes zu erwägen: Das Urtheil des Oberlandesgerichts vom 13. Juli 1891 bemerkt, § 21 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 habe „dem einzelnen Verpflichten das Recht gegeben, seinen Gewerbebetrieb von der Wirkung des Bannrechts zu befreien". Dem ist, wie schon oben ausgeführt worden, an sich durchaus beizutreten, aber mit der Be-

---

[16]) Berechtigt ist in Dresden die Stadtgemeinde als solche, also die juristische Person, welche die Gesammtheit der jetzigen und künftigen Gemeindemitglieder repräsentirt. Verpflichtet sind nicht die Besitzer einzelner Grundstücke, ebensowenig eine als eine Einheit sich darstellende Genossenschaft, vielmehr unterliegt dem Bannrechte jede natürliche oder juristische Person, die in Dresden die Bierbrauerei betreibt. Thatsächlich ist daher jedes jetzige und künftige Gemeindeglied bannpflichtig sobald es einen Brauereibetrieb unternimmt. Auch an den Besitz eines Grundstücks ist, soviel ersichtlich, die Bannpflicht nicht gebunden, es würde vielmehr auch derjenige dem Bannrechte unterliegen, der in einem gemietheten oder sonst fremden Grundstücke Bierbrauerei betreibt. Am ähnlichsten dürfte daher die Sachgestaltung bei dem Dresdner Bannrechte den von dem Gesetz vom 17. März 1832 geregelten Fällen sein, in welchen für ablösbar erklärte Verpflichtungen gewissen Klassen unangesessener Ortseinwohner oblagen. Für diese Fälle sieht § 64 des angezogenen Gesetzes für die Ablösung des Rechts bezüglich der zukünftigen Verpflichteten eine Mitwirkung der Gemeinde vor, zu der die Verpflichteten gehören. Der Weg versagt in Fällen, wo wie in Dresden, die Gemeinde selbst die Berechtigte ist.

In dem Gesetze über die Aufhebung des Mahlzwangs vom 27. März 1838 ist der Fall, wenn gewisse Einwohnerklassen als Verpflichtete der Gemeinde als der Berechtigten gegenüberstehen, vorgesehen. Vergl. § 41.

schränkung, daß es nur von den vor dem 1. Januar 1873 entstandenen Betrieben gilt. Denn für die Höhe der dem Berechtigten zu gewährenden Rente und des Ablösungskapitals soll der Durchschnitt der Reinerträge des Bannrechts in den Jahren 1867 bis 1871 zu Grunde gelegt werden. Diese Bestimmung paßt offensichtlich nicht auf die Ablösung von Einzelrechten, die erst nach dem 31. Dezember 1872 zur Entstehung gelangen.[17]) Ich halte für schlechthin ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber die auf die Höhe der Ablösungssummen bezüglichen Bestimmungen so, wie in den §§ 21 und 10 geschehen ist, ertheilt hätte, dafern er mit ihnen auch nach dem 31. Dezember 1872 entstandene Einzelrechte hätte treffen wollen. Auf der andern Seite fehlt es an jeder annehmbaren Erklärung, warum der Gesetzgeber, wenn er der Meinung gewesen wäre, daß aus den Bannrechten auch noch nach dem bezeichneten Tage neue Einzelrechte und Verpflichtungen hervorgehen könnten, diese nicht ebenso wie die früher entstandenen behandelt, also auch ihre Einzelablösung geregelt hätte; da dies, wie mir unbestreitbar scheint, nicht geschehen ist, so halte ich für geboten, anzunehmen, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, daß vom 1. Januar 1873 an neue Einzelrechte überhaupt nicht aus den Bannrechten hervorgehen könnten.

Von diesem Standpunkte aus, aber auch blos von ihm aus, konnte es, da dann nur noch eine endgiltig geschlossene Zahl von Einzelrechten in Frage kam, genügend erscheinen, nur die Einzelablösung der bis zum 31. Dezember 1872 entstandenen Einzelrechte zu ordnen, von Vorschriften über die Ablösung der Gesammtrechte aber Abstand zu nehmen.

Ist aber anzunehmen, daß durch das Gesetz vom 12. Mai 1873 die Ablösung der darin in § 21 bezeichneten Bannrechte als Gesammtrechte nicht hat geregelt werden sollen, daß das Gesetz sogar auch die Einzelablösung nach dem 31. Dezember 1891 entstandener Einzelrechte nicht geregelt hat, so bleibt nur die Wahl anzunehmen, entweder, daß der Sächsische Gesetzgeber die ihm durch § 8 der Gew.Ord. gestellte Aufgabe verkannt[18]) und ihr in Folge dessen nicht ausreichend entsprochen habe, oder daß er die in § 21 des Gesetzes vom 12. Mai 1873 bezeichneten Bannrechte als Gesammtrechte aufzuheben und nur die am 1. Januar 1873 bereits entstandenen Einzelrechte bis zur Einzelablösung fortbestehen zu lassen beabsichtigt habe. Ich würde, da mir für die erstere

---

[17]) Für diese eignet sie sich nicht einmal zu einer analogen Anwendung; denn man könnte damit m. E. nur zu der Annahme gelangen, daß der Unternehmer eines neuen Betriebes das Gewerbe mit Unterwerfung unter das Bannrecht fünf Jahre lang betreiben müsse, damit ein Maßstab für die dem Berechtigten zu gewährende Abfindung gewonnen werde; dann würde aber das Bannrecht für diesen Unternehmer nicht, wie es die Gewerbeordnung verlangt, vom 1. Januar 1873 an ablösbar sein.

[18]) Das Nächstliegende würde dann sein, anzunehmen, der Sächsische Gesetzgeber sei, wie der VI. Civilsenat des Reichsgericht in dem Urtheile vom 19. November 1891, davon ausgegangen, daß die Entstehung neuer Einzelrechte durch die Reichsgewerbeordnung ausgeschlossen sei.

Auffassung kein hinreichender Anhalt vorzuliegen scheint, der zweiten den Vorzug geben.[19])

Bei der Beurtheilung der hieraus sich ergebenden Folgerungen entsteht allerdings die weitere Frage, ob die Sächsische Landesgesetzgebung nach dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung in der Lage gewesen ist, die Bannrechte als Gesammtrechte einfach aufzuheben. Das Oberlandesgericht Dresden hat dies in dem Urtheil vom 13. Juli 1891 angenommen und anscheinend als überhaupt nicht zweifelhaft angesehen. Zweifellos ist aber diese Frage m. E. gar nicht. Die Reichsgewerbeordnung hat die in § 8 unter I bezeichneten Rechte für ablösbar erklärt, d. h. nach allgemeinem juristischen Sprachgebrauche[20]) bestimmt, daß diese Rechte gegen Entschädigung in Wegfall kommen sollten. Es scheint mir keineswegs zweifellos, ob dem gegenüber die Landesgesetzgebung mit Erfolg bestimmen könnte, daß die Rechte ohne Entschädigung aufgehoben seien. Indeß braucht hierauf nicht eingegangen zu werden. Jedenfalls hat die Reichsgesetzgebung das Maß, in welchem Entschädigung zu leisten sei, und die Bestimmung darüber, wer die Entschädigung zu gewähren habe, der Landesgesetzgebung anheimgegeben. Sachsen hat nun nach der von mir im Vorstehenden vertretenen Auffassung bestimmt, daß die Entschädigung auf den Betrag zu beschränken ist, der sich bei Berücksichtigung der bereits bis zum 1. Januar 1873 aus dem Bannrechte hervorgegangenen Einzelrechte unter Einstellung der auf die Jahre 1867 bis 1871 entfallenden Reinerträgnisse ergiebt, und daß sie nur von denen zu gewähren ist, welche bereits vor dem 1. Januar 1873 in ein die Bannpflicht begründendes Verhältniß eingetreten sind oder bereits vor diesem Zeitpunkt bannpflichtig gewordene Betriebe später übernommen haben. Dies geht über das, was die Landesgesetzgebung verfügen konnte, nicht hinaus.

Nach Alledem glaube ich, daß die durch das reichsgerichtliche Urtheil vom 19. November 1891 aufrecht erhaltene Entscheidung des Landgerichts Dresden sachlich richtig gewesen ist, und daß, wenn man dies nicht anzunehmen hätte, für Sachsen vermöge seines Verhältnisses zur Reichsgesetzgebung die Nothwendigkeit vorliegen würde, die in dem Gesetze vom 12. Mai 1873 enthaltenen Bestimmungen bezüglich der in § 21 behandelten Bannrechte zu vervollständigen.

---

[19]) Zuzugeben ist dabei gewiß, daß die dann verfügte Aufhebung der Gesammtrechte im Gesetze nicht mit der wünschenswerthen Klarheit zum Ausdruck gebracht ist. Das Gesetz bietet auch bei der von mir vertretenen Auslegung zu Zweifeln Anlaß, eine Darlegung derselben fällt aber außerhalb des Rahmens der hier behandelten Frage.

[20]) Vergl. auch § 20 des Sächs. Ges. vom 17. März 1832.

Die Rechtsstellung des Zwangsverwalters und sein Verhältniß zum Hypothekengläubiger, Schuldner und Vollstreckungsgericht.

Von Landrichter Reinhard in Freiberg.

Eines der am wenigsten bearbeiteten Gebiete der Rechtswissenschaft ist von jeher das der Zwangsverwaltung gewesen, und zu den umstrittensten Fragen zählte und zählt die nach der rechtlichen Stellung des Zwangsverwalters. Die neueren Gesetzgebungen, die sich mit der Ordnung des Zwangsverwaltungsverfahrens befaßt haben, insbes. das preußische Gesetz, die Zwangsvollstreckung in Immobilien betreffend, vom 13. Juli 1883, die sächsische Subhastationsordnung vom 15. August 1884, die bayrische Subhastationsordnung vom 23. Februar 1879 mit der Novelle vom 29. Mai 1886, beschränken sich mehr oder minder auf die Aufstellung kurzer Leitsätze und haben im übrigen die Beantwortung der Frage nach der Rechtsstellung des Verwalters der Wissenschaft und der Praxis überlassen. Auch die in dem Schurig'schen Kommentar zur Subh.O. enthaltenen Ausführungen reichen nicht aus, die auf diesem Gebiete auftauchenden Zweifel zu beseitigen. Endlich ist auch in dem, im vorigen Jahre von Schmaltz herausgegebenen Leitfaden für Zwangsverwalter die Stellung des Zwangsverwalters nicht in einer Weise behandelt worden, daß dadurch eine Klärung herbeigeführt worden wäre. Angesichts der Thatsache, daß mit dem 1. Januar 1900 ein neues Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Grundstücken in Kraft treten soll und daß mit dem gleichen Zeitpunkt die Sächsische Subh.O. ihre Geltung verliert, könnte es vielleicht überflüssig erscheinen, jetzt noch eine grundsätzliche Erörterung der angeregten Fragen vorzunehmen. Immerhin erscheint ein solches Unternehmen nicht ganz vergeblich, wenn man in Berücksichtigung zieht, daß die sächsischen Bestimmungen gerade in Bezug auf die Zwangsverwaltung zum Theil für das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vorbildlich gewesen sind (vergl. z. B. Entwurf I dieses Gesetzes § 197 und die Motive dazu S. 329 der amtlichen Ausgabe und Entw. II § 152). So ist die Erwartung nicht ungerechtfertigt, daß die hier gewonnenen Ergebnisse wenigstens bis zu einem gewissen Grade für die Auslegung und Handhabung der künftigen reichsrechtlichen Normen Verwendung finden und als Bausteine dienen können, falls unsere Landesjustizverwaltung — was mir unbekannt ist — von dem im § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichssubhastationsordnung enthaltenen Vorbehalt Gebrauch zu machen beabsichtigt („die Landesjustizverwaltung kann für die Geschäftsführung der Verwalter, welche bei der Zwangsverwaltung bestellt werden, ... allgemeine Anordnungen treffen.“).

I.

Nach § 424 des B.G.B.'s kann der Hypothekengläubiger, wenn seine Forderung ganz oder zum Theil fällig ist, zu seiner Befriedigung die Zwangsversteigerung des Grundstücks, oder wenn er zunächst aus den Früchten befriedigt sein will, gerichtliche Sequestration verlangen. Er hat aber nicht das Recht in den Besitz und in die Benutzung des Grundstücks eingesetzt zu werden. Seine Rechtsstellung ist also ganz wesentlich verschieden von der des Faustpfandgläubigers geordnet. Dieser hat nach §§ 474 flg. des B.G.B.s nicht bloß die Veräußerungsbefugniß rücksichtlich der verpfändeten Sache, sondern auch, unter gewissen Voraussetzungen wenigstens, das Recht der Benutzung und der Fruchtziehung. Beides ist dem Hypothekengläubiger versagt. Wenn gleichwohl ihm das Gesetz das Recht zuschreibt, Befriedigung wegen seiner Forderung aus den Früchten zu suchen, so folgt hieraus, daß es ein Organ schaffen muß, welches die Verwirklichung dieses Rechts gewährleistet. „Gerichtliche Sequestration" des Pfandgrundstücks stellt das B.G.B. § 424 dem Gläubiger zur Verfügung, der trotz Fälligkeit seiner Forderung vom Schuldner nicht befriedigt wurde. Ihre Zulässigkeit ist u. A. an die Voraussetzung geknüpft, daß der Hypothekengläubiger in Ansehung seiner Forderung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat (§§ 183, 64 Z. 2 der Sächs. Subh.O.). Sie ist neben der Zwangsversteigerung eine Art der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Sie ist also nicht gesetzlich geordnete Privatrechtsausübung, sondern eine Bethätigung der staatlichen Zwangsgewalt zur Verwirklichung eines privaten Forderungsrechts gegen den, dem erlassenen Urtheil (oder sonstigen Schuldtitel) gegenüber ungehorsam verbliebenen Schuldner. Ihre Aufgabe ist, die Befriedigung des Gläubigers aus den Früchten des Pfandgrundstücks, soweit dies möglich ist, herbeizuführen. Die Lösung dieser Aufgabe hat der Staat (statt sie dem Gläubiger zu überlassen) selbst in die Hand genommen. Das Organ, das sich der Zwangsverwaltung zu unterziehen hat, ist das Vollstreckungsgericht. Es würde an sich nichts entgegenstehen, wenn die gesammte Durchführung des Zwangsverwaltungsverfahrens ganz ausschließlich in die Hand des Vollstreckungsgerichts gelegt würde, wenn der Richter alle Verwaltungsmaßregeln zu treffen hätte. Diesen Weg ist aber das Gesetz aus leicht verständlichen Gründen nicht gegangen, sondern es hat die Aufgabe getheilt zwischen dem Vollstreckungsrichter und dem Zwangsverwalter, jenem die Anordnung, Oberleitung und Beaufsichtigung, diesem die Einzelheiten der Verwaltung übertragen und den Zwangsverwalter als Gehilfen des Vollstreckungsrichters diesem untergeordnet und als Organ der Staatsgewalt, das zur Erfüllung einer Staatsaufgabe (Gewährung des Rechtsschutzes) mitzuwirken berufen ist, in den Verwaltungsorganismus eingegliedert.

Angestellt um die Befriedigung eines Hypothekengläubigers aus den Früchten des Pfandgrundstücks herbeiführen zu helfen, ist ihm vom Staate in erster Linie eine Pflicht übertragen worden. Sein Pflichtenkreis ist das Primäre. Um seine

Pflichten erfüllen zu können, hat ihm der Staat selbstverständlich eine gewisse Machtbefugniß einräumen und als Korrelat seiner Pflichten bestimmte Rechte zugestehen müssen. Er ist zwar nicht Beamter, aber seine Stellung ist in vieler Beziehung derjenigen eines Beamten ähnlich. Er unterscheidet sich von einem solchen namentlich dadurch, daß er nicht eine unbegrenzte Reihe von laufenden, wiederkehrenden Obliegenheiten des Staates zu erfüllen hat, sondern immer nur einem einzelnen Staatszweck zu dienen berufen wird. Trotzdem ist seine Funktion als ein öffentlich-rechtliches Amt anzusehen, analog dem des Konkursverwalters. Diese Analogie würde sich von selbst aufdrängen, auch wenn nicht in den Motiven zu dem betreffenden Abschnitt der Subhastationsordnung auf den Konkursverwalter hingewiesen worden wäre. So sagen sie in Bezug auf die Ernennung des Verwalters zu § 186: „Mit Rücksicht darauf, daß eine eidliche Verpflichtung des Konkursverwalters in der Konkursordnung nicht vorgesehen ist, könnte in Frage gestellt werden, ob nicht auch die eidliche Verpflichtung des Sequesters gänzlich zu entbehren sei. In der Regel wird davon abgesehen werden können. Dagegen erscheint es zweckmäßig, daß das Gericht die Befugniß habe, in einzelnen Fällen eine Vereidigung eintreten zu lassen." Ferner wird zu dem letzten Absatz des § 186 ebenda bemerkt: „Zu Abs. 3 sind die Bestimmungen in §§ 75, 76 Satz 1 der K.O. zu vergleichen."

Freilich gehört die Rechtsstellung des Konkursverwalters zu den streitigsten Fragen des Konkursrechts. Es würde die Grenzen dieser Abhandlung weit überschreiten, wollte ich eine Erörterung dieser Frage hier einflechten. Es ist dies auch nicht nothwendig, vielmehr für die Zwecke dieses Aufsatzes ausreichend, auf die eingehenden Ausführungen in der Entscheidung des Reichsgerichts (Bd. 29 S. 29—38 der offiziellen Sammlung) zu verweisen, die nach meinem Dafürhalten auch durch die neuerliche Entgegnung im Kommentar zur Konkursordnung von v. Wilmowski (Vorbem. 2 vor § 1 S. 26 flg., 1896, 5. Auflage) keine Widerlegung gefunden haben. Das Reichsgericht bemerkt a. a. O. S. 36 über die Stellung des Konkursverwalters, „daß man in ihm ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Zweckes des Konkurses zu erblicken hat, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt. Er handelt nicht als Vertreter des Gemeinschuldners oder der Konkursgläubiger; denn seine Funktionen gehen über den Kreis der rechtlichen Befugnisse dieser hinaus. Er handelt auch nicht als Vertreter der Konkursmasse, die überhaupt kein Vermögenssubjekt, sondern nur ein der Verfügung des Konkursverwalters unterworfenes Vermögensobjekt bildet. Er handelt lediglich kraft gesetzlichen Auftrags zur Erfüllung der ihm gestellten Aufgabe. Hat er dabei auch die Interessen des Gemeinschuldners und der Konkursgläubiger wahrzunehmen, so geschieht dies doch nicht in stellvertretender Ausübung von rechtlichen Befugnissen dieser Personen, sondern in Erfüllung der ihm gesetzlich auferlegten Verpflichtungen. Wie diese Verpflichtungen seine eigenen sind, so sind

auch die ihm zur Ermöglichung ihrer Erfüllung beigelegten Berechtigungen seine eigenen, und dazu gehört auch die Dispositionsbefugniß über das zur Konkursmasse gezogene Vermögen." Diese Sätze kennzeichnen, entsprechend modificirt, zugleich treffend die Stellung des Verwalters im Zwangsverwaltungsverfahren. Freilich muß davor gewarnt werden, Alles, was vom Konkursverwalter gilt, unterschiedslos auf den Zwangsverwalter anzuwenden. Der Pflichtenkreis des Konkursverwalters ist erheblich weiter, seine Aufgabe viel umfangreicher, deshalb auch die ihm zur Durchführung der Aufgabe zur Verfügung gestellte Machtbefugniß umfassender, als dies beim Zwangsverwalter der Fall ist. Außerdem ist die Theilung der Funktionen zwischen Gericht und Verwalter im Konkursfall eine andere wie im Falle der Zwangsverwaltung. Dies Alles muß im Einzelnen zu Abweichungen in der Rechtsstellung der beiden Arten von Verwaltern führen.

Die hiernach im allgemeinen umrissene Stellung des Zwangsverwalters muß aber noch eingehender erörtert und namentlich sein Verhältniß zum Hypothekengläubiger und zum Grundstückseigenthümer, sowie zum Vollstreckungsgericht einer genaueren Betrachtung unterzogen werden.

II.

Die weitverbreitete Geneigtheit, öffentlich-rechtliche Verhältnisse durch die Brille des Privatrechts zu betrachten, ist auch auf diesem Gebiete zu Tage getreten und der Erkenntniß des Richtigen hinderlich gewesen.

Rein äußerlich betrachtet, liegt ja die Annahme nahe, daß der Zwangsverwalter, dessen Thätigkeit darauf abzielt, dem Hypothekengläubiger Befriedigung aus den Früchten des Grundstücks zu verschaffen, Rechte des Hypothekengläubigers geltend macht, dessen Pfandrecht nach Maßgabe der Bestimmungen in §§ 414, 415 des B.G.B.'s die Früchte des verpfändeten Grundstücks von dem Zeitpunkte an ergreift, zu welchem die Zwangsverwaltung angeordnet worden ist. Dieser — unrichtige — Gedanke findet sich nicht selten. So wird z. B. in den Annalen II. Folge Bd. 5 S. 319 ausgesprochen: „Jedenfalls aber ist das Recht des Hypothekariers, welches durch die Sequestration ausgeübt wird, ein dingliches, die Ausübung des ihm an dem Pfandobjekt selbst zustehenden Nutzungsrechts, welches er zwar nur unter Vermittlung des Richters der belegenen Sache geltend machen kann, welches aber an die Stelle des an sich im Pfandrecht, d. h. in dem Rechte des Gläubigers, aus der ihm zur Sicherung seiner Forderung verpfändeten fremden Sache seine Befriedigung zu suchen, liegenden Befugnisses, sich aus den Früchten bezahlt zu machen, zu treten hat." Hieraus wird weiter geschlossen, daß der hypothekarische Gläubiger durch die Anlegung der Sequestration ein Benutzungsrecht an dem hypothecirten Grundstücke erlangt, das unter die Bestimmungen der §§ 1225 flg. des B.G.B.'s zu fallen habe, und in den weiteren Ausführungen ohne jede Begründung der Sequester plötzlich dem Hypothekengläubiger substituirt, so daß nur die Erklärung übrig bleibt, daß der Sequester der Vertreter des Hy-

pothekengläubigers ist. Es wird unten zu zeigen sein, daß das vormal. Königl. Oberappellationsgericht Dresden sowohl in älteren wie in neueren Entscheidungen einen anderen Standpunkt eingenommen hat.

Aehnlich ist der Standpunkt Grützmann's in seinem Lehrbuch des Sächs. Privatrechts, Bd. 1 S. 325. Dort trägt er vor: „Während der Zeit der Zwangsverwaltung ist die Hypothek ein Nutzungsrecht: Die Früchte werden kraft des Rechts des Hypothekengläubigers an der Pfandsache für ihn erhoben. Er (d. h. der ihn vertretende Verwalter) braucht also bei den bürgerlichen Früchten Einwendungen aus der Person des Pfandschuldners in der Regel nicht zu dulden, und die natürlichen Früchte gehen in sein Eigenthum über."

Demselben Gedankengang folgt auch ein Urtheil des Landgerichts Dresden vom 21. Oktober 1887 (in Wengler's Archiv 1888 S. 279 flg). Hier wird dargelegt, daß der die Zwangsverwaltung betreibende Gläubiger gemäß § 1225 des B.G.B.'s verpflichtet war, den Miethern die Fortbenutzung der ermietheten Räume zu gestatten u. s. w., daß er zwar nicht etwa in die persönlichen Forderungsrechte des Schuldners eingetreten ist, daß vielmehr sein Recht ein an sich selbständiges war u. s. w. Kurz, es wird Alles, was Schurig in seinem Kommentar zur Subh.O. S. 298), vom Zwangsverwalter sagt, schlechthin auf den Hypothekengläubiger übertragen, der die Zwangsverwaltung betreibt, und damit der letztere mit dem Verwalter identificirt. Wenn zu diesen Ausführungen der Schurig'sche Kommentar als Beleg citirt worden ist (vergl. a. a. O. S. 281), so beruht dies auf einem argen Mißverständnisse seiner Auffassung von den hier vorliegenden Rechtsverhältnissen.

Vertreter der Hypothekengläubiger (oder doch des betreibenden Gläubigers) kann der Zwangsverwalter nur in dem Sinne genannt werden, daß er ihre Interessen wahrzunehmen hat (so die oben citirte Entsch. des Reichsgerichts, so auch Annalen II. Folge Bd. 6 S. 149 flg.), nicht aber in dem Sinne, daß er ihre Rechte geltend macht. Denn seine wesentlichste Aufgabe ist die Benutzung des Pfandgrundstücks und die Fruchtziehung aus demselben und gerade diese Rechte sind dem Hypothekengläubiger nach der unzweideutigen Gesetzesbestimmung entzogen. Die Auffassung des Pfandrechts an einer unbeweglichen Sache als eines Nutzungsrechts ist meines Erachtens durchaus unzutreffend. Unter einem Nutzungsrecht könnte doch nur das Recht verstanden werden, die Pfandsache nach Belieben zu benutzen, nach Belieben die Früchte zu ziehen oder nicht zu ziehen, nach Belieben über die gezogenen Früchte zu verfügen. Grützmann zieht in der That diese Konsequenz, wenn er die Früchte in das Eigenthum des Hypothekengläubigers übergehen lassen will. Oder meint er a. a. O., daß sie ins Eigenthum des Sequesters übergehen? So beschaffen ist aber das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache nicht. Es ist ein accessorisches, kein selbständiges Recht. Es ist das zur Sicherung einer Forderung dem Gläubiger an einem fremden Grundstück eingeräumte Recht, vermöge dessen er durch Veräußerung des Grundstücks und seiner Früchte

seine Befriedigung verlangen darf. Diese Veräußerungsbefugniß läßt sich nicht als eine Benutzungsbefugniß auffassen, um so weniger, als die Veräußerung sowohl des Grundstücks wie seiner Früchte und die zum Zweck der Veräußerung vorzunehmende Erhebung der Früchte nicht private Ausübung des Gläubigerrechts ist, sondern durch den Staat als ein Mittel zur Erfüllung einer staatlichen Aufgabe, der Gewährleistung des Rechtsschutzes, vorgenommen wird. Aus alledem ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß es unzulässig ist, hierbei an ein privatrechtliches Vertretungsverhältniß zu denken. Die Anordnung der Zwangsverwaltung ist ein Akt der Zwangsvollstreckung ebenso wie die der Zwangsversteigerung. Seine Befugniß dazu leitet der Richter nicht aus dem Rechte des Hypothekengläubigers her, wennschon er nur auf den Antrag desselben thätig wird, sondern aus den Normen des öffentlichen Rechts. Mit der Einleitung der Zwangsverwaltung beim Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen erfüllt er eine öffentlich-rechtliche Pflicht, ebenso wie wenn er auf die Klage des Gläubigers eine Verurtheilung des Schuldners ausspricht. So äußert sich auch das Königl. Oberappellationsgericht Dresden im Urtheil vom 25. Sept. 1874 (Wengler's Archiv 1875 S. 317 flg.): „Um so gewisser beruht es daher außer allem Zweifel, daß das Prozeßgericht bei Anlegung der Sequestration lediglich kraft der ihm zustehenden amtlichen Befugnisse, nicht dagegen, wie der Defektant (Hypothekengläubiger) meint, in dessen Stellvertretung im privatrechtlichen Sinne handelte, und daß demgemäß zwischen dem bestellten Sequester einerseits und dem jetzigen Defektanten oder den hypothekarischen Gläubiger andererseits kein Vertragsverhältniß zur Entstehung gelangen konnte, sondern der erstere ausschließlich zu dem Gerichte in einem aus dem Gesichtspunkte des Dienstvertrags zu beurtheilenden rechtlichen Verband trat."

Dahingestellt, ob der letztere Gesichtspunkt allenthalben zutreffend ist, ergiebt doch diese Erwägung, daß das Zwangsverwaltungsverfahren sich ausschließlich nach Grundsätzen des öffentlichen (Prozeß-) Rechts abspielt, wenn es auch nur der Verwirklichung eines Privatrechts dient (vergl. Siegmann, Hypothekenordnung, S. 176, Annalen, N. F. Bd. 5 S. 113 flg. (= Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. Bd. 36 S. 436), daß auch für die Frage, wie die Aufgabe der Zwangsverwaltung gelöst werden soll, welche Stellung der Zwangsverwalter einnimmt und welche Rechte und Pflichten er hat, ausschließlich das öffentliche Recht maßgebend ist, und daß daher der Schluß jeder Berechtigung entbehrt, eine Maßnahme, die zu treffen der Hypothekengläubiger berechtigt ist, müsse ohne weiteres auch vom Verwalter, der die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen habe, getroffen werden dürfen. Viel eher wäre der Gedanke gerechtfertigt, daß die Aufgabe des Zwangsverwalters, insofern er die dem Hypothekengläubiger entzogene Nutzungs- und Fruchtziehungsbefugniß auszuüben habe, nur auf solche Maßnahmen beschränkt ist, die der Gläubiger nicht kraft eigenen Rechts selbst zu treffen in der Lage ist. Es ist indessen zuzugeben, daß dies nur eine Erwägung de lege ferenda ist, die nicht

der Prüfung der Frage enthebt, ob der Gesetzgeber sie sich angeeignet hat oder ob er bei Ordnung des Zwangsverwaltungsverfahrens von anderen Gesichtspunkten ausgegangen ist.

Die jetzt hierfür maßgebenden Vorschriften sind in den §§ 183—198 der Sächs. Subh.Ordn. enthalten. Hier wird in § 190 die Aufgabe des Zwangsverwalters und der Kreis seiner Rechte und Pflichten festgestellt. Er hat alle Rechte des Schuldners in Bezug auf die Verwaltung des Grundstückes und die Fruchtziehung aus demselben auf die Zeit der Verwaltung auszuüben, insbesondere die Einkünfte aus dem Grundstücke einzuziehen, die deshalb erforderlichen Klagen zu erheben und die zur Erhaltung und wirthschaftlichen Benutzung des Grundstücks erforderlichen Maßregeln zu treffen. Sein Verhältniß zu den Hypothekengläubigern wird in den §§ 183, 184, 186, 187, 192, 194 berührt oder doch mittelbar betroffen. Bei Einleitung des Zwangsverwaltungsverfahrens ist die Beschlagnahme des Grundstücks auszusprechen und dem Schuldner unter Androhung der Nichtigkeit die Veräußerung von Zubehörungen des Grundstücks zu verbieten, auf welche sich die Hypothek erstreckt. Diese Beschlagnahme und das Veräußerungsverbot erfolgen nicht nur zu Gunsten des betreibenden, sondern zu Gunsten aller hypothekarischen Gläubiger (§ 183 verb. mit § 83 und Schurig, Bemerk. 4 zu § 83 S. 167). Der betreibende Gläubiger hat einen Kostenvorschuß zu erlegen und überdies wegen der Auslagen, die der Verwalter zu bestreiten hat, in der vom Gericht nach Ermessen zu bestimmenden Höhe dem Verwalter Vorschuß zu leisten (§ 184). Das Gericht ernennt den Verwalter kraft seiner öffentlich-rechtlichen Funktion als Vollstreckungsgericht. Der Verwalter ist an die Anweisungen des Gerichts gebunden. Durch Anträge betheiligter Hypothekengläubiger ist das Gericht in keiner Weise beschränkt. Es wird dieselben selbstverständlich nach pflichtmäßigem Ermessen in Erwägung zu ziehen haben (vgl. Motive zu § 186 bei Schurig S. 295), aber ein unmittelbares Recht auf Beachtung des Vorschlags eines Hypothekengläubigers besteht nicht (§ 186), insbesondere nicht gegenüber dem Verwalter. Ist der betreibende Gläubiger, oder ein anderer Hypothekengläubiger mit der Art und Weise der Zwangsverwaltung nicht einverstanden, so hat er nur die im § 187 bezeichnete Befugniß, mit Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen an das Vollstreckungsgericht sich zu wenden und dessen Entscheidung herbeizuführen, eventuell den Beschwerdeweg gemäß § 188 zu betreten. Der Verwalter hat auch nicht den Gläubigern, sondern ausschließlich dem Gericht Rechnung zu legen. Nur auf Verlangen ist diese Rechnung dem Gläubiger zur Kenntnißnahme vorzulegen (§ 192 Abs. 1 und 2). Die Erträgnisse der Zwangsverwaltung sind nach Maßgabe der Vorschriften in § 194 zu verwenden, so daß es sehr wohl möglich ist, daß der betreibende Gläubiger von ihnen überhaupt nichts bezieht.

Bei dieser Regelung des Zwangsverwaltungsverfahrens, die jede unmittelbare Beziehung zwischen dem Verwalter und den Hypothekengläubigern unzwei-

deutig ausschließt (auch die Auslagenvorschußpflicht des betreibenden Gläubigers besteht nur dem Vollstreckungsgericht gegenüber; vgl. Schurig, a. a. O. Bem. 1 zu § 192 S. 299 u. Motive zu § 184 ebenda S. 292 flg.), ist die Annahme schlechterdings unmöglich, daß kraft Gesetzes irgend welche Befugnisse und Rechte der Hypothekengläubiger auf den Verwalter zwecks Erfüllung und Durchführung der ihm gestellten Aufgabe übergingen, und daß deshalb der Verwalter die Legitimation zur Vornahme bestimmter Handlungen aus den Rechten der Hypothekarier entnehmen könnte, oder daß gar der Verwalter privatrechtlicher Vertreter derselben sei. Vielmehr ist es klar zum Ausdruck gekommen, daß die Rechte, die der Verwalter auszuüben verpflichtet und berechtigt ist, die des Schuldners sind. Hiergegen darf nicht eingehalten werden, daß die Gesetzesvorschrift, der Verwalter habe die zur Erhaltung und wirthschaftlichen Benutzung des Grundstücks erforderlichen Maßregeln zu treffen, allgemein darauf hinweise, daß er hiernach auch die auf Erhaltung der Sache gerichteten Ansprüche der Hypothekengläubiger zu verfolgen, z. B. auf die Vorschrift des § 413 des B.G.B.'s gestützte Klagen in Vertretung der Gläubiger zu erheben habe. Dem steht schon die grammatische Auslegung entgegen, die bezüglich der Vorschrift in § 190 der Subh.Ordn. geboten ist. Der erwähnte Satz des Gesetzes wird eingeleitet durch das Wort „Insbesondere" und damit zum Ausdruck gebracht, daß die folgenden Einzelbestimmungen nur besonders hervorgehobene, beispielsweise aufgezählte Anwendungsfälle des im vorhergehenden Satze gegebenen allgemeinen Grundsatzes sein sollen. Ist aber hier nur von den Rechten des Schuldners, d. h. des Grundstückseigenthümers, die Rede, die der Verwalter auszuüben und geltend zu machen verpflichtet sein soll, so muß auch unter der ihm obliegenden Fürsorge für die Erhaltung des Grundstücks diejenige verstanden werden, die an sich dem Schuldner obliegt und freisteht.

Die vorstehenden Ausführungen, die wenigstens in ihrem Ergebniß zu der auch von Schurig a. a. O., insbes. Bemerk. zu §§ 190 u. 192 vertretenen Auffassung über das Verhältniß zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Zwangsverwalter führen, decken sich mit den der Entscheidung des Landgerichts Leipzig im Sächs. Archiv 1893 S. 650 flg. zu Grunde liegenden Erwägungen, wenn anders ich diese Entscheidung richtig verstehe. Freilich wird hier auch von einem Fruchtbezugsrecht des Gläubigers gesprochen. Es ergiebt sich aber aus dem Zusammenhange, daß damit nichts anderes gemeint ist, als daß der Hypothekengläubiger im Wege der Zwangsverwaltung Befriedigung aus den Früchten des Pfandgrundstücks verlangen darf, daß er dies aber nicht kraft eigenen Rechts erzielen kann, sondern nur durch den vom Gericht eingesetzten, zu ihm in kein Rechtsverhältniß tretenden Zwangsverwalter. Ob das „selbständige Fruchtbezugsrecht des betreibenden Gläubigers", von dem das Oberlandesgericht Dresden im Sächs. Archiv 1893 S. 649 redet, in demselben Sinne zu verstehen ist, läßt sich aus dem Zusammenhang nicht ersehen. Jedenfalls empfiehlt sich nicht, von einem solchen zu

sprechen, da dieser Ausdruck nur irreführend ist und zu falschen Schlußfolgerungen verleiten kann.

Die Bestimmungen des preußischen Gesetzes, betreffend die Zwangsvollstreckung in Immobilien, vom 13. Juli 1883, sind in Ansehung des Zwangsverwaltungsverfahrens den sächsischen in vieler Beziehung sehr ähnlich. Auch dort ist natürlich die Frage nach dem Verhältniß des Sequesters zum betreibenden Gläubiger und den übrigen Realgläubigern aufgetaucht und in der Hauptsache in dem gleichen Sinne entschieden worden. Von den Auslegern der preußischen Subh.Ordn. bemerkt Jäckel (3. Aufl. 1893 Note 5 zu § 142 S. 502): „Der Verwalter vertritt ..... weder die Realgläubiger, noch den betreibenden Gläubiger. In der Kommission des Abgeordnetenhauses wurde dies ausdrücklich hervorgehoben und deshalb eine Uebertragung der Klagerechte aus § 31 des Grunderwerbsgesetzes auf den Verwalter abgelehnt". (Dieser § 31 lautet: Die Abtretung und Verpfändung der Ansprüche auf Versicherungsgelder, die Vorauserhebung, Abtretung und Verpfändung von Pacht- und Miethzinsen auf mehr als ein Vierteljahr und die Veräußerung stehender und hängender Früchte ist, soweit sie zum Nachtheil der eingetragenen Realgläubiger gereicht, unwirksam.).

Knorr (das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, 1890, 2. Aufl.) sagt in Anm. 3 zu § 142 S. 359: — — „dem Gläubiger gegenüber übt der Verwalter zwar dessen Rechte, aber nicht kraft Auftrags und in Vertretung des Gläubigers, sondern kraft amtlicher Befugniß aus. Den Gläubiger vertritt der Verwalter überhaupt nicht. Daher ist der Verwalter auch nicht befugt, eine die durch die Einleitung der Zwangsverwaltung begründete Beschlagnahme verletzende Handlung anzufechten; es bleibt dies vielmehr — wie Krech-Fischer richtig annehmen — dem Gläubiger allein überlassen".

Die Ausführungen von Krech und Fischer (3. Aufl., 1894, zu § 142 S. 439) bewegen sich ganz auf dem Boden der im Vorstehenden entwickelten Grundanschauung. Auch ihnen ist die Aufgabe des Zwangsverwalters die, „einen Theil der Staatsgeschäfte, nämlich die Verwirklichung des staatlichen Rechtsschutzes in der Form der Zwangsvollstreckung, zu verrichten. Seine Aufgabe ist deshalb keine private, sondern eine amtliche. Er ist ein Organ des Staates, welches kraft Amtes, ohne Vertreter oder Rechtsnachfolger des Hypothekengläubigers oder des Grundstückseigenthümers zu sein, Rechte des Schuldners ausübt, um dadurch den in der Form der Zwangsverwaltung gewährten staatlichen Rechtsschutz verwirklichen zu helfen". Diese Auffassung ist auch vom Reichsgericht gebilligt worden, vgl. z. B. Entscheid. des Reichsgerichts Bd. 24 S. 304, wo es heißt: „Bezüglich des Verwalters aber tritt das Reichsgericht der Auffassung bei, daß auf die von demselben im Laufe der Zwangsverwaltung vorgenommenen Rechtshandlungen der Begriff der Stellvertretung im eigentlichen Sinne nicht anwendbar ist, daß vielmehr der Verwalter, analog dem Konkursverwalter, diese Handlungen im eigenen Namen vornimmt, wenngleich der Erfolg derselben nicht ihn persönlich,

sondern die Zwangsverwaltungsmasse und die in dieser zusammengefaßten Interessen trifft" (vgl. auch Reichsger. Bd. 25 S. 230, Bd. 29 S. 233 flg.).

III.

Die Rechte des Schuldners in Bezug auf die Verwaltung des Grundstücks und die Fruchtziehung aus demselben gehen kraft Gesetzes für die Dauer der Verwaltung auf den Zwangsverwalter über. Er ist nicht privatrechtlicher Vertreter des Schuldners, noch weniger liegt eine privatrechtliche Rechtsnachfolge vor. Dieser Satz ist, soviel ich sehe, in Sachsen zu keiner Zeit, wenigstens nicht in der Geltungszeit der sächsischen Subh.Ordn., in Zweifel gezogen worden, offenbar in Folge der Erläuterungen, die Schurig a. a. O. zu der Vorschrift in § 190 gegeben hat, wie denn auch die Entstehungsgeschichte des § 190 (vgl. Schurig, a. a. O., S. 298) das Hervortreten des Zweifels, ob nicht doch der Zwangsverwalter ein gesetzlicher Vertreter des Schuldners sei, wenn nicht ausgeschlossen, so doch sehr erschwert hat. Um so streitiger ist diese Frage auf dem Gebiete der preußischen Subh.Ordn. Es ist deshalb nicht zu umgehen, dieser Frage näher zu treten. Von den Bestimmungen der Subh.Ordn. kommen hierunter insbesondere außer den entsprechend anzuwendenden Vorschriften der §§ 83 u. 84 die in §§ 185 u. 190 in Betracht. Hiernach ist in dem Beschluß auf Zwangsverwaltung die Beschlagnahme des Grundstücks auszusprechen und dem Schuldner unter Androhung der Nichtigkeit die Veräußerung von Zubehörungen des Grundstücks zu verbieten, auf die sich die Hypothek erstreckt. Der Beschluß ist unverzüglich ins Grundbuch einzutragen (vgl. § 6 der A.V.O.). In dem Beschluß hat das Gericht dem Schuldner jede Einmischung in die Geschäftsführung des zu bestellenden Verwalters, sowie unter Androhung der Nichtigkeit jede Verfügung über die Einkünfte des Grundstücks zu untersagen, auch dritten Personen, in deren Leistungen Einkünfte des Grundstücks bestehen, unter Verbot fernerer Leistung an den Schuldner die fernere Leistung an den Verwalter aufzugeben. Hieran schließt sich die schon oben wiedergegebene Bestimmung in § 190.

In Preußen lauten die einschlagenden Bestimmungen sehr ähnlich, zum Theil wörtlich gleich. In dem Beschluß, durch welchen das Verfahren eingeleitet oder der Beitritt zu demselben zugelassen wird, ist zugleich auszusprechen, daß das Grundstück zu Gunsten des Gläubigers in Beschlag genommen wird (§§ 16 Abs. 1 u. 139). Auch hier ist in's Grundbuch einzutragen, daß die Zwangsverwaltung beantragt ist (§ 18). Im Einleitungsbeschluß hat das Gericht dem Schuldner jede Einmischung in die Geschäftsführung des zu bestellenden Verwalters, sowie jede Verfügung über die Einkünfte des Grundstücks zu untersagen und dritten Personen, in deren Leistungen Einkünfte des Grundstücks bestehen, die fernere Leistung an den zu bestellenden Verwalter aufzugeben. Zu den Einkünften gehören sowohl die abgesonderten, als die noch zu gewinnenden Früchte, sowohl die fälligen, als die noch fällig werdenden Hebungen (§ 140). Das Grundstück ist

dem Verwalter . . . zur Verwaltung und Erhebung der Einkünfte zu übergeben. Der Verwalter ist auf Grund der Ernennung zur Einziehung der in Leistungen Dritter bestehenden Einkünfte an Stelle des Schuldners berechtigt (§ 142 Abs. 2 und 3).

Ganz Aehnliches bestimmt die bayrische Subh.Ordn. Auch dort Beschlagnahme und Eintragung derselben ins Grundbuch, wie in Sachsen und Preußen (Art. 130, 30), mit der Wirkung, daß alle nach der Beschlagnahme vom Schuldner hinsichtlich des beschlagnahmten Gegenstandes abgeschlossenen Verträge oder sonst getroffenen Verfügungen nichtig sind, sofern sie die Gläubiger beeinträchtigen (Art. 33, 130). Mit Zustellung des Beschlagnahmebeschlusses verliert der Schuldner das Recht der Bewirthschaftung und Benutzung der von der Zwangsverwaltung betroffenen Gegenstände, sowie der Einziehung der Erträgnisse (Art. 131). Dem Verwalter liegt es ob, alle Einkünfte aus den beschlagnahmten Gegenständen einzuziehen und die hierzu erforderlichen Klagen zu erheben, alle zur Erhaltung und wirthschaftlichen Benützung der zur Zwangsverwaltung übernommenen Gegenstände dienenden Anordnungen zu treffen u. s. w. (Art. 137).

Die Bedeutung der Beschlagnahme*) liegt darin, daß sie das Grundstück mit Allem, was außer demselben zu der von der Hypothek ergriffenen Immobiliarmasse gehört, kurz den Bestand desselben mit Zubehörungen und Früchten, wie er zur Zeit der Anordnung der Zwangsverwaltung war, für die Verwaltung erhalten und zu diesem Zweck es allen, den Hypothekengläubigern (bezw. dem betreibenden Gläubiger) zum Nachtheil gereichenden Verfügungen und Ein griffen sowohl des Schuldners wie dritter Personen entziehen soll. Um ihr Wirkung gegen Dritte zu sichern, ist die Eintragung ins Grundbuch vorgeschrieben. Während die Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsversteigerung an sich nicht den Zweck hat, dem Eigenthümer die Benutzung und Bewirthschaftung des Grund-

*) Für das Folgende ist zu beachten,

a. daß nach preuß. Recht der Umfang des Hypothek- und Grundschuldrechts ein weiterer ist, als nach sächs. Recht. Nach § 30 des Eigenthumserwerbsgesetzes vom 5 Mai 1872 haftet für das Kapital s. A. das Grundstück sammt Gebäuden; die natürlichen An- und Zuwüchse, die stehenden und hängenden Früchte; die auf dem Grundstück noch vorhandenen, abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen Früchte; die Mieth- und Pachtzinsen und sonstigen Hebungen; die zugeschriebenen unbeweglichen Zubehörstücke und Gerechtigkeiten, das bewegliche dem Eigenthümer gehörige Zubehör, so lange bis dasselbe veräußert und von dem Grundstück räumlich getrennt worden ist; die dem Eigenthümer zufallenden Versicherungsgelder für Früchte, bewegliches Zubehör u. abgebrannte oder durch Brand beschädigte Gebäude ꝛc. Vergl. hierzu auch § 445 des A.L.R. I. 22: Insofern bewegliche Pertinenzstücke in der Zwischenzeit von der Eintragung (der Hypothek) bis zur wirklichen Vollstreckung der richterlichen Execution von der Hauptsache getrennt worden sind, geht die darauf gehaftete dingliche Verpflichtung auf den dritten Besitzer nicht mit über.

b. daß nach preußischem (und bayrischem) Recht die Beschlagnahme nur zu Gunsten des betreibenden Gläubigers wirkt, während sie in Sachsen zu Gunsten aller Hypothekengläubiger wirksam ist.

stücks und die Fruchtziehung aus demselben zu entziehen (vgl. § 16 Abs. 2 S. 2 der preuß. Subh.Ordn.), geht die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung weiter. Ihre Wirkung gegen Dritte wird verstärkt durch das unter Androhung der Nichtigkeit zu erlassende Veräußerungsverbot (so auch Bayern, für Preußen zu vgl. §§ 17 Abs. 1 u. 18 Abs. 2), da dieses jede dagegen verstoßende Veräußerung nichtig macht, sofern nicht die Veräußerung in Folge eines — zur Zeit des Verbotes schon bestehenden — Rechts eines Anderen geschehen mußte, § 223 des B.G.B.'s. Es kann keinen Augenblick bezweifelt werden, daß mit der Beschlagnahme, dem Veräußerungsverbot an den Schuldner und dem Gebote an den Verwalter derselbe Rechtszustand in Ansehung der von der Zwangsverwaltung betroffenen Theile des Vermögens des Schuldners hat herbeigeführt werden sollen, den die Konkursordnung in den §§ 5 und 6 für das gesammte Vermögen des Gemeinschuldners schafft. In der That begegnen wir auch in Preußen hierzu demselben Zweifel, der in Ansehung des Verhältnisses des Konkursverwalters zum Gemeinschuldner eine umfangreiche Literatur hervorgerufen hat (vgl. v. Wilmowski, Konk.Ordn., Vorbem. 2 vor § 1). Wieder ist es namentlich die Annahme, daß der Schuldner Subjekt der Vermögensrechte bleibt und daß die Verfügungen des Zwangsverwalters diese Vermögensrechte unmittelbar zu beeinflussen vermögen, die die Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses wünschenswerth und nothwendig erscheinen läßt. Nach Jäckel (a. a. O. S. 502) vertritt der Verwalter den Schuldner, soweit der Zweck der Verwaltung reicht. Jäckel läßt aber den Verwalter nicht durchweg in die Verträge des Schuldners eintreten, auch soweit diese die Verwaltung betreffen. Klagrechte des Schuldners, die nicht aus der Verwaltung entspringen und auch nicht auf dem durch den Verwalter ausgeübten Besitz beruhen, soll er nicht wahrnehmen dürfen. „Wollte man derartige Verträge, weil sie Gutserzeugnisse betreffen oder sonst vom Schuldner mit Bezug auf das Gut oder dessen Bewirthschaftung geschlossen sind, für und gegen den Verwalter ohne weiteres gelten lassen, so könnte der Schuldner jede regelrechte Verwaltung unmöglich machen" u. s. w. (a. a. O. Note 5 zu § 142 S. 503). Ob Jäckel bei dem von ihm angenommenen Vertretungsverhältniß zwischen dem Verwalter und dem Schuldner eine gesetzliche Vertretung oder eine gewillkürte, aber dem Schuldner aufoktroyirte Vertretung im Sinne hat, läßt sich nicht erkennen. Anders stellt sich Knorr zu dieser Frage. Er spricht zwar (a. a. O. S. 359) einerseits dem in der Zwangsverwaltung vom Gericht bestellten Sequester eine amtliche Qualität zu, meint aber andererseits, daß dies nicht hindere, daß er zum Schuldner in einem Vertragsverhältniß stehe und diesen wie ein durch Vertrag mit dem Schuldner berufener Verwalter vertrete. Mit der Ernennung des Verwalters durch das Gericht komme ein für den Schuldner verbindlicher Verwaltungsvertrag zu Stande. Der Richter kontrahire dabei für die Parteien; deshalb sei auch das Rechtsverhältniß zwischen Sequester und Schuldner

nach den allgemeinen, für die durch Vertrag begründeten Verwaltungen maßgebenden Vorschriften zu bestimmen.

Daß diese Fiktion nicht haltbar ist, liegt auf der Hand. Wo in aller Welt nimmt der Richter das Recht her, an Stelle des Schuldners auch gegen dessen Willen einen so weit gehenden, so tief in die Rechtssphäre des Schuldners einschneidenden privatrechtlichen Verwaltungsvertrag abzuschließen? Wie soll man noch von einem solchen Vertrag sprechen können, wenn z. B. der Schuldner gegen die Wahl des Verwalters Widerspruch erhebt, also ganz ausdrücklich erklärt, daß er diesen Verwalter nicht haben will oder überhaupt keinen Verwalter haben will? Die Legitimation des Richters könnte doch in alle Wege nur aus dem öffentlichen Rechte, dem Zwangsrechte des Staates gegen den zahlungssäumigen Schuldner abgeleitet werden. Wozu aber dann erst der Umweg und die, den thatsächlichen Verhältnissen unter Umständen Hohn sprechende Fiktion? Viel einfacher und natürlicher ist doch der Gedanke, daß der Staat den zahlungssäumigen Schuldner, der die fällige Hypothekschuld nicht zahlt, kraft seiner Zwangsgewalt aus seinem Besitzthum setzt, soweit sich die Zwangsverwaltung auf dieses erstreckt, und statt des Schuldners zur Fruchtziehung aus demselben eine Person einsetzt, der er zu diesem Zwecke das Vermögen des Schuldners zur Verfügung stellt und die — was der Schuldner hätte thun können und sollen — durch sorgsame Wirthschaftsführung Früchte zieht, einhebt und mit den durch die Veräußerung derselben gewonnenen Mitteln die befriedigungsbedürftige Schuld deckt. Die ganze Zwangsverwaltung ist ein vom Staat durch seine Organe ausgeübter Zwang gegen den Schuldner. Es muß deshalb als ein die Sachlage treffender Ausdruck bezeichnet werden, wenn Schurig a. a. O. S. 298 sagt, der Schuldner werde durch den Verwalter in Ansehung der Verwaltung und Nutznießung verdrängt, aber nicht vertreten. Die gesetzliche Dispositionsgewalt des Zwangsverwalters bringt es aber mit sich, daß das von ihm verwaltete Vermögen nur so, wie es durch seine Verwaltung geworden ist, in die Verfügung des Schuldners zurückkehren kann, vgl. Entsch. des Reichsger. Bd. 29 S. 36.

Daß Krech und Fischer auch zu dieser Frage den allein richtigen Standpunkt einnehmen und im Gegensatz zu Jäckel und Knorr stehen, ergiebt sich schon aus ihren unter II wiedergegebenen Ausführungen.

Soviel die Bestimmungen der sächsischen Subh.Ordn. anlangt, so folgt aus dem Vorstehenden, daß der Zwangsverwalter in die obligatorischen Rechtsbeziehungen des Schuldners nicht eintritt. Weitere Darlegungen in dieser Richtung folgen unter IV. Wenn er nun aber auch hiernach an die Verträge des Schuldners (soweit das Gesetz nicht etwas Abweichendes bestimmt, vgl. § 190 Abs. 1 S. 3) in keiner Weise gebunden ist, so überkommt er doch sein, der Zwangsverwaltung unterworfenes Vermögen zum Zwecke der Verwaltung selbstverständlich nur in der Rechtslage, in der es sich zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung befindet. Er tritt daher in die sachenrechtliche Vermögenslage des Schuld-

ners ein. Dingliche Rechte Dritter, die zu diesem Zeitpunkt bereits in giltiger Weise zur Entstehung gelangt sind, muß er respektiren. Denn das Gesetz kann ihm nur soviel Vermögen übertragen, als der Schuldner besaß. Was davon bereits vor Anlegung der Zwangsverwaltung veräußert war, ist der Zwangsverwaltung nicht zugänglich. Dies gilt nicht bloß für die Uebertragung von Eigenthum des Schuldners an Dritte, sondern auch für die Bestellung dinglicher Rechte Dritter am Vermögen des Schuldners. Das aber, was davon bei Einleitung der Zwangsverwaltung noch übrig ist, soll im Interesse der Gläubiger erhalten bleiben, und um die Möglichkeit hierzu zu sichern, wird das Veräußerungsverbot erlassen, das nach § 223 des B.G.B.'s alle ferneren Verfügungen des Schuldners aus freier Hand oder im Wege der Zwangsvollstreckung nichtig macht. Wenn daher im § 190 der Subh.Ordn. dem Zwangsverwalter zur Pflicht gemacht worden ist, die zur Erhaltung des Grundstücks erforderlichen Maßregeln zu treffen, so hat hiermit gesagt sein sollen, daß er Beeinträchtigungen des der Verwaltung unterworfenen Vermögens des Schuldners, die nach Beginn der Zwangsverwaltung von diesem oder von dritter Seite versucht werden, entgegenzutreten und ihre Nichtigkeit geltend zu machen hat. Gleichzeitig ist ihm selbst aber damit jede Veräußerung der Substanz des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens verboten, soweit nicht eine solche Veräußerung durch die wirthschaftliche Benutzung des Grundstücks und durch die Fruchtziehung erfordert wird. Wenn nun die Dispositionsbefugniß des Schuldners erst durch das, mit der Einleitung der Zwangsverwaltung zu erlassende Veräußerungsverbot ausgeschlossen wird, so folgt hieraus, daß bis zu diesem Zeitpunkte den Verfügungen des Schuldners die dinglichen Rechtswirkungen beigelegt werden müssen, die ihnen nach Lage der Sache und ohne Rücksicht auf eine Zwangsverwaltung zukommen. Insbesondere ist zweifellos, daß vor der Anlegung der Zwangsverwaltung ein Dritter durch Verfügungen des Schuldners oder im Wege der Zwangsvollstreckung Eigenthums- oder Pfandrechte an einer der Hypothek unterliegenden beweglichen Zubehör des Pfandgrundstücks erlangen kann, da die Eigenschaft der beweglichen Sache als Zubehör einer unbeweglichen ihr nicht die rechtliche Selbständigkeit entzieht und sie nicht schlechthin und nach allen Richtungen dem sachenrechtlichen Schicksal der Hauptsache unterwirft. Die hypothekarische Verstrickung steht dem Erwerb eines dinglichen Rechts an ihr Seiten eines Dritten so wenig entgegen, daß das Recht der Hypothekengläubiger daran erlischt, wenn sie durch Versteigerung oder sonstige Veräußerung in die Hände eines gutgläubigen Dritten gelangt (§ 413 des B.G.B.'s). Das Recht des Dritten ist zwar, solange noch nicht der in § 413 vorausgesetzte Thatbestand vorliegt, dem Hypothekengläubiger gegenüber unwirksam, nach allen anderen Richtungen hin aber giltig. Ist hiernach die rechtliche Möglichkeit einer Kollision der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen mit der ins bewegliche Vermögen nicht zu bezweifeln, so ist doch die Frage nach der relativen Unwirksamkeit eines Pfandrechts nach §§ 376, 377 des B.G.B.'s im Wege

der Klage zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Dritten zum Austrag zu bringen (vgl. Sächs. Archiv, 1893 S. 793 flg., Schurig, Nachtrag S. 11). Der Eigenthümer des Grundstücks und der ihn verdrängende Zwangsverwalter sind nach der Natur der Sache und im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen als Prozeßparteien hierbei ausgeschlossen.

Unter Billigung dieser Anschauung hat das Landgericht Freiberg in einer kürzlich entschiedenen Rechtssache (Dg 11/97) den Zwangsverwalter nicht für legitimirt angesehen, der Pfändung einer als cohärente Zubehör des Grundstücks angesprochenen beweglichen Sache zu widersprechen. Die Sache lag so. A. verkaufte seinen Gasthof mit Zubehör und Inventar an B., übergab ihm auch die verkauften Gegenstände und B. bewirthschaftete fortan den Gasthof; doch unterblieb seine Eintragung. Ein Gläubiger des B. ließ den im Gasthof befindlichen Bierdruckapparat pfänden. Nach einigen Monaten wurde die Zwangsverwaltung eingeleitet und nunmehr klagte der Zwangsverwalter auf Freigabe des gepfändeten Bierdruckapparates. Unterstellt man, daß dieser letztere in der That eine cohärente Zubehör des Pfandgrundstücks sei, so wurde er zwar von den Hypotheken ergriffen. Dies hinderte aber nicht, daß er durch Kauf und Uebergabe Eigenthum des B. wurde, obwohl B. das Eigenthum am Grundstück nicht erlangte. Nur war sein Eigenthum am Bierdruckapparat durch das Recht der Hypothekengläubiger daran beschränkt. Dieses letztere ist durch den Eigenthumswechsel zunächst in keiner Weise berührt worden, weil die Verbindung der Zubehör mit dem Grundstück nicht aufgehoben worden ist, § 413 des B.G.B.'s und Schurig, Nachtrag S. 10 u. 11. Auf der anderen Seite ist die Pfändung des Bierdruckapparates auf Antrag eines persönlichen Gläubigers seines neuen Eigenthümers im Wege der Mobiliarzwangsvollstreckung als giltig und wirksam anzuerkennen, vorbehaltlich der Rechte der Hypothekengläubiger (vgl. § 710 der C.P.O.). Unter diesen Verhältnissen läßt sich nun nicht allgemein sagen, daß die wirthschaftliche Benutzung des Gasthofsgrundstücks zum Zwecke der Fruchtziehung die Erhaltung des gepfändeten Bierdruckapparates für das Grundstück erheische und daß deshalb der Verwalter verpflichtet sei, Maßnahmen zu treffen, die die Entfernung des Apparates aus dem Grundstück verhindern. Das wäre richtig, wenn es sich um Verfügungen des Grundstückseigenthümers nach Einleitung der Zwangsverwaltung handelte oder wenn nach diesem Zeitpunkte ein persönlicher Gläubiger desselben die Zwangsvollstreckung in den Apparat betreiben wollte. Hier aber hat der Verwalter die rechtsgiltig vollzogene Veräußerung einer Zubehör an einen Dritten und ein während des Besitzes des Käufers wirksam erlangtes Pfandrecht daran vorgefunden. So wenig nun A. der Pfändung des an B. veräußerten und übergebenen Bierdruckapparates widersprechen konnte, so wenig ist der Zwangsverwalter hierzu berechtigt, der die Rechte des Grundstückeigenthümers in Bezug auf die Verwaltung des Grundstücks ausübt, mag auch die veräußerte Zubehör der hypothekarischen

Verstrickung noch nicht entzogen sein (vgl. Schurig a. a. O., Bem. 3 zu § 193 und Nachtrag S. 10 flg.).

Denkt man sich die Veräußerung von Grundstück mit Zubehör an B. weg und nimmt man an, daß ein persönlicher Gläubiger des A. den Apparat gepfändet hätte, so hat genau die nämliche Beurtheilung Platz zu greifen, wenn die Pfändung der Einleitung der Zwangsverwaltung vorausgegangen ist.

Anders, wenn sie ihr nachfolgt. In diesem Falle hat der Verwalter die Zubehör mit keinem anderen Rechte als mit dem der Hypothekarier belastet zur Verwaltung übernommen. Das mit der Einleitung der Zwangsverwaltung erlassene Veräußerungsverbot hat zur Folge, daß eine Mobiliarzwangsvollstreckung in die Zubehör — wenn ihr nicht schon die Vorschrift des § 713 der C.P.O. entgegensteht — zu einem materiell giltigen und wirksamen Pfandrecht nicht führen kann. Das vom Vollstreckungsgläubiger erlangte Pfandrecht ist nichtig, die Pfändung daher als ein von der Rechtsordnung nicht anerkannter und als unberechtigt behandelter Eingriff in das Vermögen des Schuldners anzusehen. Diesen Eingriff und seine Folgen abzuwehren, würde Sache des Schuldners sein, wenn ihm nicht die Dispositionsbefugniß bezüglich des Grundstücks und seiner Zubehörungen entzogen wäre. An seiner Stelle wird die Dispositionsbefugniß durch den Zwangsverwalter ausgeübt, dessen Pflicht es ist, das Grundstück mit seinen Zubehörungen in dem Zustand zu erhalten, in welchem er es zur Zwangsverwaltung übernommen hat. Er hat deshalb nicht bloß das Recht, sondern sogar die Pflicht, gegen Zwangsvollstreckungen in das bewegliche, von der Hypothek ergriffene Zubehör des Pfandgrundstückes, welche nach Anlegung der Zwangsverwaltung vorgenommen werden, Widerspruch zu erheben.

Wieder anders liegt die Sache bei Pfändung von Früchten. Wenn diese noch nicht erhoben sind, so verliert das durch die Pfändung daran begründete Pfandrecht mit dem Beschlusse auf Zwangsverwaltung für deren Dauer seine Wirksamkeit (vgl. § 185 Abs. 2 und Schurig a. a. O. S. 294). Der Zwangsverwalter hat die gepfändeten, aber noch nicht erhobenen Früchte wie nicht gepfändete zu behandeln, zu erheben und zu veräußern und zu diesem Zwecke alle Schritte zu thun, die erforderlich sind, die begründet gewesenen Rechte von Pfandgläubigern auch formell zu beseitigen.

IV.

Große Schwierigkeiten bietet die Beantwortung der Frage, wer das Subjekt der in der Hand des Verwalters befindlichen Vermögensrechte ist. In dieser Beziehung ist nicht zweifelhaft, daß das der Zwangsverwaltung unterliegende Grundstück mit seinen Zubehörungen Eigenthum des Schuldners ist und bleibt. Dieses Eigenthumsrecht wird durch die Zwangsverwaltung nicht im Bestande, sondern nur der Ausübung nach beeinträchtigt. Aber nach anderer Richtung er-

heben sich erhebliche Zweifel. Der Verwalter erhält zur Bestreitung der nothwendigen Auslagen den vom betreibenden Gläubiger zu zahlenden Auslagenvorschuß. Wer ist Eigenthümer des Geldes? Er schafft mit diesem Gelde fehlendes, für die Bewirthschaftung des sequestrirten Landgutes unentbehrliches Inventar an. Wer wird Eigenthümer dieses Inventars? Er erntet natürliche Früchte. In wessen Eigenthum gehen sie über? Wer wird Eigenthümer des Erlöses aus denselben, des Geldes, das Miether des verwalteten Grundstückes zur Begleichung ihrer Miethzinsschuld gezahlt haben u. s. w.? Wem stehen die Forderungsrechte zu, die der Verwalter durch Eingehung von Mieth- und anderen Verträgen zur Entstehung bringt?

1. Subjekt aller dieser Vermögensrechte ist nicht der betreibende Gläubiger oder die Gesammtheit der Hypothekengläubiger. Eine weitere Darlegung dieses Satzes, der sich mit Nothwendigkeit aus dem unter II dargelegten Verhältniß des Verwalters zum Hypothekengläubiger ergiebt, bedarf es meines Erachtens nicht.

2. Subjekt jener Rechte ist auch nicht der Staat (hier etwa vertreten durch das Vollstreckungsgericht). Das Zwangsverwaltungsverfahren könnte vom Gesetz in der Weise ausgestaltet werden, daß der Staat vermöge seiner Zwangsgewalt das Vollstreckungsgericht anweist, an Stelle des Schuldners die Nutzungen des Grundstückes zu ziehen, die nothwendigen Auslagen aus der Staatskasse zu bestreiten, alle Erträgnisse aus dem Grundstücke für den Staat zu vereinnahmen, nothwendige Hilfsmittel für die Bewirthschaftung für Rechnung des Staates anzukaufen und für diesen zu erwerben, um sie nach Wegfall des Bedürfnisses wieder für Rechnung des Staates zu verkaufen und am Schluß der Verwaltung den Ueberschuß der Einnahmen über die Ausgaben an die Bezugsberechtigten abzuliefern. Die Zwangsverwaltung, gedacht als eine aus der Rechtsschutzpflicht des Staates hervorgehende Staatsaufgabe, läßt de lege ferenda eine solche Konstruktion des Verfahrens ganz gewiß zu. Dann kann man aber de lege ferenda auch noch einen Schritt weiter gehen. Es kann der Zwangsverwalter, den das Gericht zu ernennen hat, gedacht werden als Gehilfe des Gerichts und staatliches Organ, dem die Aufgabe zufällt, im Namen des Staates für diesen und für seine Rechnung die Verwaltung zu führen, dergestalt, daß sie der Staat mit Hilfe des Verwalters in eigene Regie nimmt, daß also der Verwalter (statt — wie zuerst unterstellt — des Vollstreckungsgerichts) die Ausgaben für den Staat bestreitet und die Einnahmen für den Staat erhebt, und daß die „Zwangsverwaltungsmasse" einen Theil des Staatsvermögens bildet.

Die Konsequenz eines solchen Aufbaues des Zwangsverwaltungsverfahrens ist, daß der Verwalter, wie er für den Staat erwirbt, auch durch seine Handlungen, soweit sie eine Verpflichtung erzeugen, unmittelbar den Staat verpflichtet, und daß der Staat für das vom Verwalter vereinnahmte Geld von dem Zeitpunkte an haftet, zu welchem die Zahlung an den Verwalter geschehen ist. Das

von diesem zur Bewirthschaftung des Gutes ermiethete Gesinde würde im Privatdienste des Staates stehen u. dergl. m.

Schon diese Konsequenzen zeigen die Bedenken, die sich gegen die besprochene Konstruktion der Zwangsverwaltung erheben müssen. Daß eine solche vom Gesetz beabsichtigt sei, würde sich deshalb nur dann annehmen lassen, wenn der hierauf gerichtete Wille entweder unzweideutig im Gesetz zum Ausdruck gelangt ist oder wenn die Möglichkeit einer anderen Konstruktion fehlt. Beides ist nicht der Fall. Wo immer das Gesetz von der Aufgabe des Verwalters spricht, nie ist davon die Rede, daß er Namens des Staates zu handeln habe. Er leitet zwar seine Befugniß zum Handeln vom Staate, von der Staatsgewalt her, die ihm in einzelnen Beziehungen durch die Berufung zum Amt des Verwalters übertragen wird. Aber das hat mit der Frage nicht das geringste zu thun, ob er zur vermögensrechtlichen Vertretung des Staates berufen ist. Fehlt es einerseits an jedem Anhalte, daß er in Bezug auf die Vermögensrechte ihn vertrete, so gebricht es andererseits nicht an Anzeichen, die auf das Gegentheil hinweisen. Insbesondere würde, nähme der Staat die Verwaltung in eigene Regie, ihm die Verpflichtung vom Gesetz nicht erspart werden können, daß er den Interessenten über die Verwaltung Rechnung legt, sei es nun durch das Vollstreckungsgericht, sei es durch den Verwalter. Wie aber später näher darzulegen sein wird, hat nicht der Staat den Interessenten, sondern der Verwalter dem Gericht Rechnung zu legen. Ich glaube mich auf diese Bemerkungen mit dem Hinweise darauf beschränken zu können, daß gegen die besprochene Konstruktion noch andere, im Folgenden zu erwähnende Gründe streiten.

3. Subjekt jener Rechte ist ferner nicht die „Zwangsverwaltungsmasse". Denn sie ist überhaupt kein Rechtssubjekt, zum mindesten nicht nach sächsischem Recht. Sie ist weder eine privatrechtliche, noch eine öffentlich-rechtliche juristische Person. Um eine solche konstruiren zu können, bedürfte es eines positiven gesetzlichen Anhaltes, an welchem es fehlt. Die bayerische Subhastationsordnung enthält in Art. 142 Abs. 2 die Vorschrift: „Jeder Betheiligte ist überdies befugt, Namens der Masse gegen den Verwalter Klage auf Rechnungsstellung oder Klage aus der gelegten Rechnung zu erheben". Ob sich aus dieser Bestimmung für Bayern etwas Anderes herleiten läßt, will ich dahingestellt sein lassen. Für Sachsen (und ebenso für Preußen) muß daran festgehalten werden, daß die Zwangsverwaltungsmasse nicht Träger von Rechten und Verbindlichkeiten ist.

4. Subjekt der darin begriffenen Vermögensrechte ist endlich auch nicht der Schuldner. Das Zwangsverwaltungsverfahren kann, wie sich hierzu zweifelsohne nicht in Abrede stellen läßt, vom Gesetze in der Weise gestaltet werden, daß dem Schuldner vom Gesetz in Bezug auf die Nutznießung des Grundstückes ein Vertreter aufgezwungen wird, der an Stelle des insoweit der Dispositionsbefugniß beraubten Schuldners alle Maßnahmen, welche von diesem selbst getroffen werden könnten, mit der Wirkung zu treffen hat, daß durch diese Maßnahmen der

Schuldner berechtigt und verpflichtet wird. Daß eine solche Konstruktion viel Bestechendes hat, kann nicht bezweifelt werden. Daß hiernach der vom betreibenden Gläubiger erlegte, vom Vollstreckungsgericht dem Verwalter übergebene Auslagenvorschuß und das vom Verwalter mit diesem Gelde angeschaffte Inventar ins Eigenthum des Schuldners übergehen würde, müßte zwar zunächst befremden; allein das Bedenken wiegt nicht schwer. Der Verwalter muß ja dieses Vermögen dem Gläubiger unmittelbar oder mittelbar wieder zuführen; daß es (auf Kosten des betreibenden Gläubigers) endgiltig im Vermögen des Schuldners bleibt und nach Beendigung der Zwangsverwaltung seiner freien Verfügung anheimfällt, ist ausgeschlossen.

Sehr viel schwerer fällt eine andere Folgeerscheinung in die Wagschale. Wenn der Schuldner durch die vom Verwalter zum Zweck der Verwaltung mit Dritten abgeschlossenen Verträge berechtigt und verpflichtet wird, so würde nichts entgegenstehen, daß sich die Dritten, soweit sie aus dem Rechtsgeschäfte eine Forderung erlangen, wegen derselben an den Schuldner, d. h. den Eigenthümer des Pfandgrundstückes halten, daß das vom Verwalter angenommene Gesinde den Lohn vom Schuldner fordert und falls dieser nachträglich in Konkurs verfällt, die Lohnforderung mit dem Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung dem Konkurs gegenüber geltend macht. Die Zwangsverwaltung entzieht dem Schuldner die Nutznießung seines verpfändeten Grundbesitzes im Gläubigerinteresse; sie soll aber doch den Schuldner nicht mit neuen Verpflichtungen beladen, die gegen das, seiner freien Disposition verbleibende Vermögen geltend gemacht werden können, und für die ein eventuell konstruirbares Rückgriffsrecht gegen den Verwalter und den vorschußpflichtigen betreibenden Gläubiger, der den etwaigen Mißerfolg der Verwaltung zu tragen hat, keinen ausreichenden Ersatz bietet.

Es läßt sich aber auch aus dem Gesetze selbst der Nachweis führen, daß es die hier abgelehnte Auffassung nicht theilt, wenn anders man nicht annehmen will, daß es mit sich selbst in Widerspruch tritt. Dem Ersteher des in der Zwangsversteigerung veräußerten Grundstückes räumt das Gesetz vom Tage der Versteigerung an ein (sei es bedingtes oder an eine Voraussetzung geknüpftes) Nutzungsrecht ein.

Vgl. Schurig, a. a. O. S. 277 (Note 4 zu § 176); Reinhard, Ausführung des Zwangsverkaufs 2c. S. 66; Schurig, Nachtrag S. 82.

Der Pachter oder Miether des versteigerten Grundstückes ist deshalb nach Maßgabe der Vorschrift in § 1226 des B.G.B.'s verpflichtet, ihm auf die Zeit vom Versteigerungstage an Zins in der Höhe zu bezahlen, wie er beim letzten Zahlungstermine gewesen ist. Ihm gegenüber würde er an sich darauf sich nicht berufen können, daß er den auf diese Zeit entfallenden Zins bereits an den bisherigen Eigenthümer, den Schuldner, abgeführt habe, und deshalb in die üble Lage kommen, den im voraus an den Schuldner gezahlten Miethzins doppelt zahlen zu müssen. Um diesen Uebelstand in billiger Weise zu beseitigen, enthält das Gesetz

in § 176 Abs. 3 die lediglich dem Schutz des Miethers oder Pachters dienende Vorschrift: daß die vor der Versteigerung vertragsmäßig bewirkte Vorausbezahlung von Pacht- oder Miethzinsen den Pachter oder Miether dem Ersteher gegenüber in Ansehung des auf die Zeit bis zum nächsten gesetzlichen Zahlungstermin zu rechnenden Betrages befreit (vgl. Motive dazu bei Schurig, a. a. O. S. 275). Für die Zwangsverwaltung greift nun nach § 193 Abs. 1 S. 2 in Bezug auf die vor Zustellung des Beschlusses auf Einleitung der Zwangsverwaltung vertragsmäßig bewirkte Vorauszahlung von Pacht- oder Miethzinsen die Bestimmung in § 176 Abs. 3 Platz. Gesetzt nun, der Anspruch auf die Miethzinsen des verwalteten Grundstückes stünde auch während der Dauer der Zwangsverwaltung dem Schuldner zu, nur mit der Maßgabe, daß der Verwalter ihn in gesetzlicher Vertretung des Schuldners geltend zu machen hätte, so kann doch eine Schutzbestimmung wie die in § 176 Abs. 3 gar nicht in Frage kommen. Der Schuldner, der den Miethzins schon vor der Einleitung der Zwangsverwaltung erhalten hat, kann doch unmöglich den Anspruch auf nochmalige Zahlung haben, gegen den der Miether oder Pachter durch eine besondere Gesetzesbestimmung geschützt werden müßte. Die Vorschrift in § 193 Abs. 1 S. 2 setzt mithin nothwendig voraus, daß ein Anderer als der Schuldner rücksichtlich der Mieth- und Pachtzinsen für die Zeit nach Anlegung der Zwangsverwaltung forderungsberechtigt ist. Damit fällt aber auch die Möglichkeit weg, die Vorschrift in § 190: „der Verwalter kann . . . . in Bezug auf bestehende Pacht- und Miethverträge die Rechte ausüben, welche nach § 1225 des B.G.B.'s dem Erwerber des Benutzungsrechts an einer fremden Sache durch die Eintragung im Grundbuch zufallen", dahin auszulegen, daß ihm hiermit kraft positiver Vorschrift die ihm als gesetzlichem Vertreter des Schuldners an sich nicht zustehende Befugniß beigelegt worden ist, von den Miethern oder Pächtern des Grundstückes Räumung für den nächsten gesetzlichen Räumungstermin zu verlangen. Der Auffassung des Verwalters als eines dem Schuldner kraft Gesetzes aufgenöthigten Vormundes steht auch das Bedenken entgegen, daß ein Vormund eine verfügungsberechtigte, aber nicht verfügungsfähige Person zu vertreten hat, während der Schuldner verfügungsfähig, aber wegen des Veräußerungsverbots nicht verfügungsberechtigt ist.

So bleibt

5. nur übrig, als Subjekt und Träger der in der Zwangsverwaltungsmasse begriffenen Rechte und Verbindlichkeiten den Verwalter selbst anzusehen. Wie schon in der Einleitung angedeutet, fasse ich die Vorschriften in § 190 der Subh.O. dahin auf, daß hier das Gesetz, ohne eine Begriffsbestimmung des Verwalters und eine Konstruktion seiner Rechtsstellung geben zu wollen, die wichtigsten Pflichten und Rechte des Verwalters aufzählt und im übrigen es der Wissenschaft überläßt, aus diesen Leitsätzen die juristische Konstruktion der Verwalterstellung zu finden. So entnehme ich aus § 190 im Zusammenhalt mit den übrigen gesetzlichen Vorschriften über die Zwangsverwaltung folgende Sätze: der Staat entzieht

dem Schuldner die Verfügungsgewalt über das Grundstück und die Nutznießung desselben, damit seine Früchte zur Befriedigung der Hypothekengläubiger verwendet werden können, und schafft ein unter seiner, d. h. des Vollstreckungsgerichts Aufsicht stehendes Organ, das die Pflicht hat, die Früchte des Grundstücks zu ziehen und, weil unbetheiligt, am besten in der Lage ist, die berechtigten Interessen der Gläubiger sowohl wie des Grundstückseigenthümers gleichmäßig wahrzunehmen. Diesem Organe — dem Verwalter — überträgt er als Mittel zur Erfüllung seiner aus dem Verwalteramt entspringenden Pflichten das Nutzungsrecht am Grundstück, ein im öffentlichen Rechte wurzelndes, seinem Wesen nach dem Nießbrauch ähnliches Benutzungs- und Fruchtziehungsrecht. Es hat zum Inhalt alle die Rechte und Befugnisse, die dem Schuldner in Bezug auf die Verwaltung des Grundstücks und die Fruchtziehung aus demselben zustehen, äußert auch die im § 1225 des B.G.B.'s dem Nutzungsrecht an fremder Sache beigelegten Wirkungen. Inhaber des Rechts ist der Verwalter als solcher. Das ihm zur Ausnutzung des Rechts zur Verfügung gestellte Betriebskapital (Auslagenvorschuß) erwirbt er ebenso zu Eigenthum, wie er Eigenthümer der mit diesem Gelde angeschafften Inventarstücke wird und — in entsprechender Anwendung der Vorschrift in § 245 des B.G.B.'s — das Eigenthum an den Früchten mit deren Erhebung erwirbt. Durch seine Rechtsgeschäfte wird nur er selbst berechtigt und verpflichtet. Der schließliche Erfolg seiner Thätigkeit betrifft ihn aber nicht persönlich. Schließt die Ausbeutung des ihm übertragenen Nutzungsrechts nach Verwerthung aller Aktiven mit einem Fehlbetrag ab, so muß der betreibende Gläubiger, auf dessen Gefahr die Zwangsverwaltung vor sich geht, den Fehlbetrag, für den dem Verwalter gegenüber das Gericht haftet, ersetzen. Ergiebt sich ein Ueberschuß, so muß der Verwalter diesen an das Vollstreckungsgericht zur Vertheilung an die Bezugsberechtigten herausgeben (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 24 S. 304). Wird die Zwangsverwaltung in Folge Einstellung der Zwangsvollstreckung beendet, so gehen die in der Person des Verwalters vereinigten Rechte und Pflichten nicht ipso jure auf den Schuldner über. Auf diesen fällt vielmehr nur (als Folge der Aufhebung des Veräußerungsverbots) das Nutzungs- und Verwaltungsrecht bezüglich des Grundstücks ohne weiteres zurück. Im übrigen muß noch eine Auseinandersetzung stattfinden, und Rechte und Verbindlichkeiten können nur durch einen besonderen Uebereignungsakt (Uebergabe, Abtretung, Schuldübernahme) vom Verwalter auf den Schuldner übertragen werden.

Unerwünschte Folgeerscheinungen fehlen auch hier nicht: Wenn der Verwalter Subjekt der in der Zwangsverwaltungsmasse zusammengefaßten Rechte ist, so können von seinen Gläubigern die von ihm gezogenen Früchte des verwalteten Grundstücks gepfändet werden, und wenn er in Konkurs verfallen sollte, reducirt sich der Anspruch des Vollstreckungsgerichts auf Ausantwortung der Erträgnisse auf eine Konkursforderung. Auch fehlt der Strafschutz der §§ 246, 266 des Reichs-St.G.B.'s. Den hierdurch möglichen Nachtheilen kann aber durch sorg-

fältige Auswahl der Verwalter und eventuell durch Einforderung von Sicherheitsleistung vorgebeugt werden.

V.

Das Verhältniß des Verwalters zum Schuldner bedarf nach einigen Richtungen hin noch weiterer Besprechung.

1. Eine Reihe höchst zweifelhafter Fragen wird durch die Bestimmung in § 193 Abs. 2 der Subh.O. hervorgerufen. Verliert in Ansehung der hier genannten Gegenstände der Schuldner gleichfalls die Dispositionsbefugniß? Oder bleibt er verfügungsberechtigt? Welches sind dann die Grenzen seiner Befugnisse gegenüber denjenigen des Verwalters? Können seine persönlichen Gläubiger solche Gegenstände pfänden? Darf er sie veräußern? Welchen Einfluß hat sein Konkurs?

Die Entstehungsgeschichte bietet für die Beantwortung dieser Fragen keinen Anhalt. Ueber die ursprüngliche Fassung des § 193 Abs. 2 vergl. **Schurig**, a. a. O., S. 300. Die gegenwärtige beruht auf einem Vorschlag der Deputation der ersten Kammer, der der Gesetzentwurf zur Vorberathung überwiesen war. Während die amtlichen Motive diese Gesetzesstelle überhaupt nicht besprechen (Landtagsakten 1883/84, Dekrete, II. Bd. no. 63 S. 241 flg., insbes. 276, 325), bemerkt der schriftlich erstattete Deputationsbericht hierzu: „Da Abs. 2 feststellen will, daß auch die im Inventar ꝛc. bestehenden bisherigen Mittel zur Erzielung des Fruchtgenusses für den gleichen Zweck von der Zwangsverwaltung erfaßt werden, so ist die unter b vorzuschlagende (d. i. die jetzige) Fassung entsprechender erschienen. Den Gegenstand der Zwangsvollstreckung im Wege der Zwangsverwaltung bilden die Früchte — natürliche wie bürgerliche, welche an Stelle der natürlichen treten — m. a. W. die Nutzungen des Grundstücks, wie solche der Schuldner zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung zu ziehen hatte." (Landtags-Akten 1883/84, Berichte der 1. Kammer, no. 67 S. 566). Zu einem mündlichen Meinungsaustausch führte die Bestimmung weder in der ersten, noch in der zweiten Kammer (Landtags-Mittheilungen der I. Kammer S. 228 flg., der II. Kammer S. 1244).

Hieraus ergiebt sich zweierlei, nämlich

a) daß sich die in § 193 Abs. 2 erwähnten Gegenstände zwar im wesentlichen mit den Zubehörungen decken, aber nicht auf diese beschränkt sind, sondern auch solche Gegenstände umfassen, die, ohne Zubehörungen zu sein, doch zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung dem Fruchtbezug gedient haben,

b) daß diese dem Zwangsverwalter als **Mittel** zur Erfüllung seiner Aufgabe zur Verfügung gestellt werden sollen.

Der Verwalter, welcher das Grundstück bewirthschaften, Früchte ziehen und erheben soll, bedarf dazu je nach Lage des Falls einer mehr oder minder großen Zahl von Hülfsmitteln. Hat er z. B. ein Landgut zu verwalten, so braucht er, abgesehen von den nöthigen Hülfspersonen, zur Bestellung der Felder, zur Aussaat, zur Einbringung der Ernte und zur weiteren Behandlung und Verwerthung

der geernteten Früchte eine große Menge verschiedenartigen todten und lebenden Inventars. Der Verwalter eines zu einem bestimmten Gewerbebetrieb eingerichteten Fabrikgrundstücks kann das Gewerbe ohne die hunderterlei Maschinen und Werkzeuge mit Aussicht auf Erfolg nicht betreiben. Müßte der Verwalter sich das Inventar durch Kauf oder Leih- oder Miethvertrag erst verschaffen, so würde die Zwangsverwaltung in vielen Fällen zu einer Befriedigung des betreibenden Gläubigers nicht führen können, weil die Kosten der Beschaffung des Inventars die Erträgnisse des Grundstücks meist verschlingen würden. Das zu verhüten, ist zweifellos das gesetzgeberische Motiv der Vorschrift in § 193 Abs. 2. Der Verwalter soll in den Stand gesetzt werden, das dem Schuldner zur Verfügung stehende Inventar benutzen zu dürfen, um dadurch der Nothwendigkeit überhoben zu werden, selbst gleichartiges anzuschaffen. Die Frage aber, ob auch in Ansehung der dem Fruchtbezug dienenden, der hypothekarischen Verstrickung an sich nicht unterliegenden Gegenstände der Schuldner dem Verwalter dergestalt weichen muß, daß er, wie in Ansehung des Grundstücks und seiner von der Hypothek ergriffenen Zubehörungen, jedes Verfügungsrecht verliert, ist vom Gesetz nicht ausdrücklich entschieden worden, so wünschenswerth es gewesen wäre, weil dies präjudiciell für die Beantwortung vieler anderer Fragen ist.

Obwohl ich nicht verkenne, daß gewichtige Gründe sich für die gegentheilige Ansicht geltend machen lassen, glaube ich doch das Gesetz dahin auslegen zu müssen, daß das nach § 183 der Subh.O. auf die Zwangsverwaltung „entsprechend" anzuwendende Veräußerungsverbot des § 83 Abs. 2 auch für die Zwangsverwaltung auf die der hypothekarischen Verstrickung unterliegenden Zubehörungen beschränkt bleiben muß, und daß daher die in § 193 Abs. 2 genannten Gegenstände, soweit sie nicht zu letzteren gehören, vom Veräußerungsverbot nicht betroffen werden. Ist das aber nicht der Fall, so behält der Schuldner das Recht, über sie zu verfügen, und ist in diesem Rechte nur für seine Person und nur soweit beschränkt, als er dulden muß, daß der Verwalter sich jener Gegenstände zum Zwecke der Zwangsverwaltung bedient, und als ihm nach § 185 der Subh.O. jede Einmischung in die Geschäftsführung des Verwalters verboten ist, auf welche es hinausläuft, wenn er Inventarstücke, deren der Verwalter dringend bedarf, diesem durch ihre Veräußerung entzieht. Veräußert er ein solches Inventarstück, so ist zwar die Veräußerung giltig. Wenn der Erwerber durch Uebergabe Besitz und Eigenthum daran erlangt, so endet an sich die Befugniß des Verwalters, die Sache zu Verwaltungszwecken weiter zu benutzen. Doch ist der Verwalter derartigen Zufällen nicht ganz schutzlos preisgegeben. Wenn der Schuldner mit der Veräußerung darauf abzielt oder doch bewußtermaßen nothwendig den Erfolg herbeiführt, daß die Veräußerung das Recht des Verwalters, sich der Sache zu den Zwecken der ihm obliegenden Verwaltung zu bedienen, beeinträchtigt, so stellt sich die Veräußerung nach § 116 des B.G.B.'s als eine an und für sich rechtswidrige Handlung dar, die ihn und den Theilnehmer daran nach §§ 773, 774, 777 des

B.G.B.'s zum Schadenersatz verpflichtet. In diesem Falle wird der Verwalter nach § 687 des B.G.B.'s auf die Kenntniß des Erwerbers der Sache von der Beeinträchtigung seines Nutzungsrechts den Anspruch stützen können, daß ihm der Käufer die Sache zur ferneren Benutzung für die Zwecke der Zwangsverwaltung überläßt.

Einen wirksameren Schutz gewährt ihm der Besitz der in § 193 Abs. 2 genannten Gegenstände, den er sich nach § 189 der Subh.O. verb. mit § 52 der A.V.O. sei es persönlich, sei es durch Vermittelung des Gerichtsvollziehers verschaffen kann. Er hat die Besitzklagen (§ 208 des B.G.B.'s). Durch den eigenen Besitz verschließt er dem Schuldner die Möglichkeit, bei Veräußerung einer solchen beweglichen Sache Eigenthum an derselben durch Uebergabe an den Erwerber zu übertragen. Dieser erlangt daher nur einen persönlichen Anspruch an den Schuldner auf Verschaffung des Eigenthums, auf Uebergabe der Sache, den er dem Verwalter gegenüber nicht mit Erfolg geltend machen kann. Denn einen eigenen unmittelbaren Anspruch hat er diesem gegenüber nicht. Nur in abgetretenen Rechten des Schuldners könnte er das Verlangen auf Herausgabe der Sache an ihn stellen; der Verwalter aber kann ihm entgegenhalten, daß der Schuldner ihm die Benutzung zu Verwaltungszwecken nicht verbieten darf und die Sache ihm so lange belassen muß, als er ihrer für die Zwangsverwaltung bedarf.

Der eigene Besitz gewährt dem Verwalter zugleich das einzige Mittel, um einer Veräußerung der Sache im Wege der Zwangsvollstreckung (Pfändung und Versteigerung durch den Gerichtsvollzieher) zu Gunsten eines persönlichen Gläubigers vorzubeugen, da, solange sein Gewahrsam dauert, die Pfändung der Sache nach § 713 der C.P.O. ohne seine Zustimmung unzulässig ist. Würde aber der Anspruch des Schuldners gegen ihn auf Herausgabe der Sache gepfändet und dem Gläubiger zur Einziehung überwiesen, so kann er sich diesem Anspruch gegenüber in der bereits angegebenen Weise vertheidigen.

Nicht ganz unzweifelhaft ist die Tragweite des aus § 193 Abs. 2 für den Verwalter hervorgehenden Rechts, wenn der Schuldner im Konkurs sich befindet. Ist die Konkurseröffnung der Einleitung der Zwangsverwaltung vorausgegangen, so ist zwar unbedenklich anzunehmen, daß der Verwalter einen Anspruch auf Benutzung jener beweglichen, von der Hypothek nicht ergriffenen Gegenstände nicht besitzt. Denn diesfalls hatte der Schuldner zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung sein Verfügungsrecht schon verloren. Das Verfügungsrecht war auf den Konkursverwalter übergegangen, mit der Verpflichtung desselben, jene Gegenstände zu Gunsten der nicht hypothekarischen Gläubiger (Konkursgläubiger) zu verwerthen. Ein Benutzungsrecht des Zwangsverwalters konnte deshalb gar nicht zur Entstehung gelangen. Einen Fall dieser Art behandelt die im Sächs. Archiv Bd. 1 S. 693 flg. abgedruckte Entscheidung des Landgerichts Dresden. Zweifel bestehen nur, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Zwangsverwaltung bereits im Gange war und der Verwalter die beweglichen Zubehörungen im Besitz hatte.

Den Ausführungen im Sächs. Archiv a. a. O. ist darin beizutreten, daß die Entscheidungsnorm sich nicht aus § 39 Abs. 2 der K.O. ergiebt. Das Benutzungsrecht des Verwalters wurzelt als Korrelat seiner Verpflichtungen im öffentlichen Rechte und entnimmt seinen Inhalt aus dem Zweck, dem es dient. Die privatrechtlichen Normen über Benutzungsrechte (Nießbrauch, Leihe, Miethe und dergl.) sind deshalb auf das Nutzungsrecht des Verwalters nicht oder wenigstens nicht unmittelbar anzuwenden. Sein Wesen ist dahin zu charakterisiren, daß es ein Gebrauchsrecht ist, und der Verwalter vermöge desselben den bestimmungsgemäßen Gebrauch von der Sache zu machen berechtigt ist, soweit dieser Gebrauch durch seine Pflicht, das seiner Zwangsverwaltung unterstehende Grundstück ordnungsmäßig zu benutzen und zur Fruchtziehung zu bewirthschaften, erfordert wird. Wie schon oben berührt, ist dieses Recht kein dinglich wirkendes (etwa wie der Nießbrauch), sondern ein persönliches, lediglich den Willen des Schuldners bindendes, darauf gerichtet, daß dieser ihm die beweglichen Zubehörungen zum bestimmungsgemäßen Gebrauch für Zwecke der Zwangsverwaltung überläßt. Hieraus folgt, daß es gegenstandslos wird durch die Konkurseröffnung, die dem Schuldner das Recht entzieht, über die Gegenstände zu verfügen.

Ich verhehle hierbei nicht, daß die von mir vorgetragene Lehre für mich selbst noch mannigfache Zweifel in sich birgt. Schurig, a. a. O. S. 301 Anm. 3 bemerkt hierzu nur: „Die in Abs. 2 erwähnten Gegenstände unterliegen der Zwangsverwaltung selbstverständlich nur insoweit, als sie dem Schuldner gehören und zur freien Verfügung desselben stehen, also insbesondere nicht Gegenstand eines bestehenden Pacht- oder Miethvertrags sind." Namentlich diese letzten Worten deuten wohl an, daß auch Schurig dem Benutzungsrecht des Verwalters keinen dinglichen Charakter beilegt. Ob die Bemerkungen im übrigen einen Beleg für meine Ausführungen bieten, wage ich nicht mit Bestimmtheit zu behaupten. Schmaltz, Leitfaden für Zwangsverwalter, § 3 S. 12 und 13 giebt für seine, im Ergebniß übereinstimmende Meinung Gründe nicht an.

Für die Beantwortung der entscheidenden Frage, ob für das Benutzungsrecht dingliche oder nur persönliche Wirkung anzusprechen ist, ist für mich die Erwägung durchschlagend gewesen, daß das Veräußerungsverbot sich nicht auf die beweglichen Zubehörungen erstreckt, diese vom Pfandrecht des Hypothekengläubigers (abgesehen von den in §§ 410–412 des B.G.B.'s erwähnten) nicht ergriffen werden und nicht sowohl den Gegenstand der Zwangsverwaltung bilden, sondern vielmehr nur als Mittel für die Zwangsverwaltung in Betracht kommen.

Besteht der bestimmungsgemäße Gebrauch in dem Verbrauche der Sache (z. B. Futtermittel für Zugthiere), so darf der Zwangsverwalter dieselben verbrauchen und damit dem Eigenthümer endgiltig entziehen. In anderen Fällen beschränkt sich sein Recht nur auf die Benutzung. So lange er die Sache in Benutzung hat, muß er den zu ihrer Erhaltung erforderlichen Aufwand tragen, daher

für die Fütterung der Thiere des Schuldners, die er zur Bewirthschaftung des verwalteten Gutes benutzt, aus eigenen Mitteln (d. h. aus den Mitteln der Zwangsverwaltungsmasse) sorgen, soweit nicht die vorhandenen Vorräthe in Gemäßheit von § 193 Abs. 2 hierzu zu verwenden sind. Vom Schuldner kann er die Anschaffung von Futtermitteln nicht verlangen. Insoweit dürfte die entsprechende Anwendung des in § 129 des B.G.B.'s enthaltenen Grundsatzes unbedenklich sein.

Zur Veräußerung der von der Zwangsverwaltung umfaßten beweglichen Gegenstände ist er nicht berechtigt, und zwar auch dann nicht, wenn sie zu dem Zwecke erfolgte, um mit dem Erlös eine neue gleichartige Sache an Stelle der alten, unbrauchbar gewordenen anzuschaffen. Hier darf nicht eingehalten werden, daß jede ordnungsmäßige Wirthschaftsführung es mit sich bringt, daß unbrauchbare Inventarstücke durch neue ersetzt werden müssen und hierzu vorzugsweise der etwaige Erlös aus den alten Stücken nach den Grundsätzen rationeller Wirthschaft zu verwenden ist. Es steht entgegen, daß dem Nutzungsrechte des Verwalters nur diejenigen Gegenstände unterliegen, welche zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung dem Fruchtbezuge gedient haben; daß daher der Schuldner zu Neuanschaffungen — mögen sie noch so nothwendig sein — schlechterdings nicht herangezogen, auch nicht genöthigt werden kann, die Mittel dazu herzugeben. Hierauf aber würde es hinauslaufen, wenn er dulden müßte, daß der Verwalter ein Inventarstück verkauft, um den Erlös für ein Ersatzstück zu verwenden. Die entgegengesetzte Meinung würde zu den schwierigsten Verwickelungen führen. Man nehme den Fall, daß der Verwalter ein unbrauchbar gewordenes Ackerpferd des Schuldners für 100 *M* verkauft, dazu aus den Mitteln der Verwaltung 200 *M* entnimmt und ein neues Pferd für 300 *M* ankauft. Wer soll nun Eigenthümer des neuen Pferdes werden? Der Schuldner? Der Verwalter? Oder soll man Miteigenthum des Verwalters und des Schuldners nach dem Verhältniß der Beiträge zu den Anschaffungskosten annehmen? Oder soll der Schuldner nach diesem Verhältniß nur einen Anspruch auf einen Theil des künftigen Erlöses aus dem neuen Pferde haben, wenn es bei Beendigung der Zwangsverwaltung wieder veräußert wird? Wieweit soll der Schuldner die Gefahr rücksichtlich des neuen Thieres tragen? Allen diesen schwer zu beantwortenden Fragen geht man aus dem Wege, wenn man, was ich für das Richtige halte, dem Zwangsverwalter die Veräußerungsbefugniß versagt.

In einem Rechtsstreite ergab sich, daß der Zwangsverwalter eines landwirthschaftlichen Grundstückes das Pferd des Schuldners ohne dessen Zustimmung verkauft hatte. Er hatte das gethan, weil die Zwangsversteigerung unmittelbar bevorstand und er das Thier für die Verwaltung nicht mehr brauchte. Er wollte bloß — da auch keine Futtermittel mehr im Grundstück waren — die Ausgaben vermeiden, die eine fernere Fütterung verursachen mußte. Der Schuldner klagte auf Schadenersatz. Das Verfahren des Verwalters ist in diesem Falle zweifellos unberechtigt. Er hatte nur das Recht, das Pferd zu den Zwecken der Verwaltung

zu benutzen. Wie er verpflichtet war, das in Besitz genommene Inventarstück dem Schuldner zurückzugeben, sobald die Zwangsverwaltung ihr Ende erreichte, hat er auch die Verpflichtung zur Rückgabe an den Schuldner, wenn die Zwangsverwaltung eine Benutzung des Pferdes nicht mehr erheischte. Mit der Rückgabe war auch den Interessen der Zwangsverwaltungsmasse vollkommen genügt, da hierdurch der Zwangsverwalter der weiteren Verantwortlichkeit und Fürsorge für das Pferd enthoben war.

Wenn in einem so gestalteten Fall der Schuldner die Rücknahme ablehnen würde, bietet sich für den Verwalter der Ausweg, entweder das Thier bei einem Dritten für Rechnung des Schuldners einzustellen oder das in § 757 des B.G.B.'s vorgesehene Verfahren einzuschlagen.

Fehlt dem Verwalter die Veräußerungsbefugniß rücksichtlich der in § 193 Abs. 2 erwähnten Gegenstände, so vermag er auch durch einen unberechtigter Weise vorgenommenen Verkauf eines solchen trotz Uebergabe dem Käufer nicht das Eigenthum zu übertragen (vgl. § 254 des B.G.B.'s), es müßte denn ausnahmsweise die Vorschrift des Art. 306 des H.G.B.'s den Eigenthumsübergang vermitteln. Der Käufer bleibt deshalb den Eigenthumsansprüchen des Schuldners ausgesetzt, ohne daß jedoch hierdurch die Verantwortlichkeit des Verwalters dem Schuldner gegenüber in Wegfall kommt.

Es ist nun

2. auf die Bemerkung zurückzukommen, daß in Ansehung der Verwaltung des Grundstückes und der Fruchtziehung aus demselben (§ 190 und oben unter III und IV) der Verwalter in die Verträge des Schuldners nicht eintritt, und dem die — wohl selbstverständliche — Bemerkung hinzuzufügen, daß es ihm natürlich unbenommen ist, je nach Lage des Falles in diese Verträge einzutreten. Soviel

a. die Mieth- und Pachtverträge anlangt, die er bei Einleitung der Zwangsverwaltung vorfindet, so kann er diese nicht schlechthin ignoriren. Er muß sie nach Maßgabe der Vorschrift in § 1225 des B.G.B.'s respektiren und kann nur rücksichtlich ihrer die Rechte ausüben, die ihm nach § 1225 des B.G.B.'s als Erwerber des Nutzungsrechts an fremder Sache durch die Eintragung im Grundbuch zufallen (§ 190 der Subh.Ordn. und oben IV, 4 und 5). Er kann also nach Verlautbarung des Zwangsverwaltungsbeschlusses im Grundbuch den Pacht- oder Miethvertrag dergestalt kündigen, daß der Pachtvertrag mit dem Schlusse des laufenden Pachtjahres, oder wenn die Kündigung nicht wenigstens acht Wochen vor dem Ende desselben erfolgt, mit dem Ende des nächsten Pachtjahres, der über das Grundstück abgeschlossene Miethvertrag dagegen, dafern er nicht früher endigt, nach Ablauf der in § 1215 angegebenen Kündigungsfrist erlischt. Macht er von diesem Kündigungsrecht keinen Gebrauch, so gilt er als in den Vertrag des Schuldners eingetreten. Pacht- und Miethzinsen gebühren ihm von der Eintragung des Beschlusses auf die Zwangsver-

waltung an. Waren sie schon im voraus an den Schuldner entrichtet, so ist für die Frage, inwieweit der Verwalter diese Zahlungen gelten lassen muß, die Vorschrift in § 193 Abs. 1 S. 2 verbunden mit § 176 Abs. 3 der Subh.-Ordn. maßgebend. Hierüber ist das Erforderliche bei Schurig, a. a. O. Bem. 5 zu § 176 S. 277 und Nachtrag Bem. 3 zu § 176 S. 84, sowie bei Schmaltz, a. a. O. §§ 6, 14, 15, 21, 24, 25 zu lesen. Den Bemerkungen von Schmaltz S. 34 möchte ich nur entgegenhalten, daß der Verwalter durch übertriebene Vorsicht leicht die Erfüllung seiner Aufgabe beeinträchtigen kann. Größtmögliche Ertragsfähigkeit und größtmögliche Sicherheit des Ertrages pflegen nun einmal nicht mit einander verbunden zu sein. Der zu vorsichtige Verwalter findet unter Umständen gar keine Miether. Der Wohnungsmangel muß schon sehr groß sein, wenn sich z. B. ein Miether dazu verstehen soll, Kaution dafür zu stellen, daß er den Miethzins richtig zahlen wird. Ein gewisses Risiko muß der Verwalter ebenso in den Kauf nehmen, wie jeder Vermiether, ohne daß er deshalb die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters aus den Augen zu setzen braucht.

b. Von sonstigen Verträgen sollen nur noch einige, dem Zwangsverwalter häufiger begegnende kurze Erwähnung finden. Bei der Zwangsverwaltung von Landgütern kann er selbstverständlich die Mitwirkung von Hilfspersonen nicht entbehren. Regelmäßig wird er sie im Dienste des Schuldners vorfinden. Ihnen steht er nach sächsischem Rechte ganz frei gegenüber.*) Er kann sie mit ihrer und des Schuldners Zustimmung in seinen Dienst übernehmen oder sich andere Leute miethen. Auch in dem ersteren Falle schließt er einen neuen Vertrag mit ihnen ab. Der vom Schuldner abgeschlossene Vertrag als solcher berechtigt und verpflichtet ihn nicht.

Ebensowenig wirken für und gegen ihn Lieferungsverträge über landwirthschaftliche Erzeugnisse oder in der verwalteten Fabrik herzustellende Gegenstände u. dergl. m., die der Schuldner mit Dritten abgeschlossen hat. Versprechen sie Vortheile für die Zwangsverwaltung, so kann der Verwalter in sie eintreten, aber auch hier nur mit Zustimmung des Schuldners und des Dritten. Die Zustimmung des Schuldners kann er nicht entbehren, da dessen Recht aus dem Vertrag mit dem Dritten durch die Anlegung der Zwangsverwaltung nicht berührt worden ist. Das muß der Verwalter beachten, um sich nicht Ersatzansprüchen auszusetzen. Hätte z. B. der Eigenthümer eines Rittergutes an einen Getreidehändler 1000 Centner Weizen, lieferbar am 31. Oktober, verkauft, in der Absicht, zu der Lieferung den auf dem Rittergut zu erbauenden Weizen zu verwenden, so bleibt ihm, auch wenn ihm die Möglichkeit durch eine inzwischen kommende Zwangsverwaltung

---

*) Ich habe das besonders erwähnt, weil sowohl nach dem gegenwärtigen preuß. Rechte, wie nach dem Reichsgesetze über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (vgl. preuß. Subh.O. §§ 26, 147 und Reichsgesetz vom 24. März 1897 § 10 Z. 2 vbd. m. § 155 Abs. 2) hierzu eine andere Erwägung Platz zu greifen hat.

abgeschnitten wird, doch der Weg übrig, die am 31. Oktober zu liefernden 1000 Centner sich anderweit zu beschaffen, ein Weg, den er voraussichtlich beschreiten wird, wenn ihm die Anschaffung zu einem billigeren, als dem mit dem Dritten vereinbarten Preise möglich ist. Hätte nun der Verwalter, ohne die Zustimmung des Schuldners einzuholen, mit dem Dritten vereinbart, an Stelle des Schuldners den Lieferungsvertrag zu erfüllen, so würde zwar hierdurch das Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Dritten nicht berührt werden und der letztere verpflichtet bleiben, die ihm vom Schuldner angebotene Lieferung gleichfalls abzunehmen. Wenn aber der Eintritt des Verwalters in den Vertrag unter Umständen sich vollzogen hat, die nach Treue und Glauben in dem Dritten die Ueberzeugung erwecken mußten, daß damit sein Vertrag mit dem Schuldner sich erledige, so ist ein Schadenersatzanspruch des Dritten gegen den Verwalter recht wohl denkbar. Hieraus ergiebt sich für den Verwalter die Mahnung, als sorgsamer Hausvater nicht bloß der Zustimmung des Dritten, sondern auch der des Schuldners zum Eintritt in dessen Verträge sich zu vergewissern.

c. Eine besondere Erwähnung verdienen endlich die Versicherungsverträge. Mit der Hagelschädenversicherung beschäftigt sich das im Sächs. Archiv 1891 S. 529 flg. abgedruckte Urtheil des Landgerichts Freiberg. Hier wird zutreffend ausgeführt, daß der Zwangsverwalter den Anspruch auf die Versicherungssumme auf Grund des vom Schuldner abgeschlossenen Versicherungsvertrages auch dann nicht hat, wenn der Hagelschaden erst nach Beginn der Zwangsverwaltung eingetreten ist. Auf der anderen Seite liegt es auf der Hand, daß der Zwangsverwalter ein Mittel haben muß, um die Nachtheile einer Verhagelung der stehenden Früchte von der Zwangsverwaltungsmasse abzuwenden und für diese zu retten, was möglich ist. Das erreicht er, wenn er selbst in eigenem Namen einen Versicherungsvertrag gegen Hagelschäden abschließt. Da die stehenden Früchte als Grundstücksbestandtheile von der Beschlagnahme des Grundstückes ergriffen worden sind und der Schuldner bezüglich ihrer das Verfügungsrecht verloren hat, steht der rechtlichen Zulässigkeit eines Versicherungsvertrages des Verwalters, mit der Wirkung, daß ihm die Versicherungssumme gebührt, nichts entgegen, insbesondere nicht ein etwa früher vom Schuldner selbst geschlossener Versicherungsvertrag.

Die Immobiliarbrandschädenvergütung ist zu beanspruchen und zu gewähren nicht auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags, sondern nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts (vgl. das Gesetz über die Landesbrandversicherungsanstalt in der Fassung vom 15. Oktober 1886). Der Gesichtspunkt, daß der Zwangsverwalter in die Verträge des Schuldners nicht eintritt, trifft daher hier nicht zu. Der Anspruch auf die Brandschädenvergütung ist eine Zubehör des Grundstückes, auf die sich die Hypothek erstreckt (vgl. § 180 der Subh.Ordn. u. Schurig, a. a. O. S. 283), und mit der Beschlagnahme des Grundstücks und dem Veräußerungsverbot der Verfügung des Schuldners entzogen. An seiner

Stelle hat ihn der Zwangsverwalter geltend zu machen und die Vergütung nach Maßgabe des oben erwähnten Gesetzes zur Wiederherstellung des brandbeschädigten Gebäudes zu verwenden, soweit dies im einzelnen Falle als eine den Zwecken der Zwangsverwaltung dienliche Maßregel erscheint, was nicht immer der Fall sein wird. Handelt es sich aber z. B. bei voraussichtlich länger dauernder Zwangsverwaltung um die Einäscherung einer Scheune, so kann es Recht und Pflicht des Verwalters sein, den Wiederaufbau der Scheune unter Erhebung der Brandschädenvergütung zu versorgen.

Brandschäden an beweglichen Sachen werden regelmäßig nur auf Grund eines Versicherungsvertrags vergütet. Hat der Schuldner einen solchen abgeschlossen, so wirkt er weder für noch gegen den Verwalter. Von diesem wird regelmäßig verlangt werden müssen, daß er die erhobenen Früchte, deren Eigenthümer er geworden ist, gegen Feuersgefahr versichert. Aus solchem Vertrage gebührt dann auch ihm die Brandschädenvergütung. In diesen Maßnahmen kann er durch Verfügungen des Schuldners und Versicherungsverträge desselben nicht behindert werden, weil insoweit der letztere das Verfügungsrecht entbehrt.

Hat der Schuldner die bei Anlegung der Zwangsverwaltung dem Fruchtbezug dienenden beweglichen Gegenstände gegen Brandschäden versichert, so kann der Natur der Sache nach, da eine Doppelversicherung regelmäßig ausgeschlossen ist, der Verwalter einen Versicherungsvertrag über diese Gegenstände nicht abschließen. Die Versicherungssumme gebührt im Falle eines Brandschadens dem Schuldner, auch wenn der Brandschaden während der Verwaltung eintritt, und der Verwalter hat (vgl. die Bemerkungen unter 1 a. E.) auch nicht den Anspruch, daß der Schuldner die Vergütung zum Ersatz des verbrannten Inventars verwendet. Aber auch wenn der Schuldner nicht versichert hätte, würde der Verwalter durch eigene Versicherung nicht den Erfolg herbeiführen können, daß im Falle einer Zerstörung des Inventars durch Feuer der Ersatz desselben aus der Brandschädenvergütung zu beschaffen ist, da sein Nutzungsrecht eben nur die zur Zeit der Anlegung der Zwangsverwaltung dem Fruchtbezug dienenden Gegenstände umfaßt. Eine andere Frage ist, ob nicht von ihm als dem Gebrauchsberechtigten gefordert werden muß, daß er die in Gebrauch genommenen fremden Sachen im Interesse des Eigenthümers für die Dauer des Gebrauches versichert. Diese Frage wird sich nicht allgemein entscheiden lassen; sie wird vielmehr je nach Lage des Falles verschieden beurtheilt werden müssen. Gleiches gilt auch rücksichtlich der Versicherung des Viehes, das der Verwalter gemäß § 193 Abs. 2 der Subh.-Ordn. in Gebrauch nimmt.

VI.

Es bleibt noch das Verhältniß des Zwangsverwalters zum Vollstreckungsgericht zu betrachten. Beide zusammen sind dazu berufen, die Aufgabe des Staats, dem schutzbedürftigen Privatrecht des Hypothekengläubigers auf Befriedigung wegen seiner Forderung aus den Früchten des Pfandgrundstücks zur Verwirklichung zu

verhelfen, mit den Mitteln der staatlichen Zwangsgewalt zu erfüllen. Diese an sich dem Vollstreckungsgericht als dem nach der Verfassung in erster Linie dazu berufenen Organe zufallende Aufgabe ist zwischen ihm und dem Verwalter als seinem Gehilfen getheilt. Es sind gewissermaßen zwei Organe, zwei Instanzen geschaffen. Der unteren, dem Verwalter, liegt die gesammte Geschäftsführung ob, die die Verwaltung und die Fruchtlegung erheischt. Auf Grund seiner Ernennung durch das Vollstreckungsgericht liegt ihm diesem gegenüber die Geschäftsführung als Erledigung fremder Geschäfte und zwar von Geschäften des Vollstreckungsgerichts ob. Die obere Instanz, der Vollstreckungsrichter, creirt durch Ernennung des Verwalters zunächst die untere Instanz. Demnächst liegt ihm die allgemeine Anweisung des Verwalters und die Beaufsichtigung seiner Geschäftsführung ob. Er nimmt von ihm die Rechnungslegung und die erzielten, in Geld umgesetzten Erträgnisse der Verwaltung entgegen. Indem er sich damit die Ergebnisse der Thätigkeit seines Gehilfen aneignet und den Erlös an die Bezugsberechtigten abliefert, schließt er das Zwangsverwaltungsverfahren ab und löst so die ihm zugewiesene staatliche Aufgabe.

Auch in dieser Beziehung ist das sächsische Gesetz dem preußischen fast genau nachgebildet. Das zeigt eine Vergleichung der gesetzlichen Bestimmungen. § 186 der sächs. Subh.Ordn. bestimmt: „Das Gericht ernennt den Verwalter. Derselbe ist nach Ermessen des Gerichts eidlich zu verpflichten. Er kann zur Bestellung einer Sicherheit angehalten werden. Die Höhe der zu leistenden Sicherheit und die Art ihrer Bestellung bestimmt das Gericht nach Ermessen. Der Verwalter ist bei Ausübung seiner Funktion an die Weisungen des Gerichts gebunden und steht unter dessen Aufsicht. Dasselbe kann gegen ihn Ordnungsstrafen bis zu 200 ℳ festsetzen und ihn seiner Funktion entheben". § 192: „Der Verwalter hat über seine Einnahmen und Ausgaben in gewissen, vom Gericht zu bestimmenden Zeitabschnitten, ingleichen alsbald nach Beendigung der Zwangsverwaltung, oder wenn sich aus einem anderen Grunde seine Funktion erledigt, Rechnung abzulegen. Diese Rechnung ist beim Gericht einzureichen und von demselben auf Verlangen dem betreibenden Gläubiger und dem Schuldner zur Kenntnißnahme vorzulegen." Die entsprechenden preußischen Bestimmungen lauten: „Das Gericht hat den Verwalter zu ernennen und auf Antrag an Eidesstatt zu verpflichten (§ 142 Abs. 1). Das Gericht hat den Verwalter nach Anhörung des Gläubigers und Schuldners, geeigneten Falls unter Zuziehung eines Sachverständigen, mit der erforderlichen Anweisung für die Verwaltung zu versehen, die dem Verwalter zu gewährende Vergütung festzusetzen und die Geschäftsführung desselben zu beaufsichtigen. Das Gericht kann dem Verwalter die Leistung einer Sicherheit auferlegen, Ordnungsstrafen bis zu 200 ℳ gegen ihn festsetzen und ihn entlassen. Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden. Er ist verpflichtet, dem Gläubiger und dem Schuldner alljährlich und nach Beendigung der Verwaltung

Rechnung zu legen. Die Rechnungen sind dem Gericht einzureichen und von diesem dem Gläubiger und dem Schuldner vorzulegen (§ 144 Abs. 1—3).

In allen wesentlichen Punkten gleichartig sind die Bestimmungen des bay.c. Gesetzes Art. 134, 140—142.

Bei dieser Gestaltung des Verhältnisses zwischen Vollstreckungsrichter und Zwangsverwalter ist es ganz ausgeschlossen, es ausschließlich aus dem Gesichtspunkt eines Dienstvertrags (wie für das frühere Recht das Oberappellationsgericht Dresden in Wengler's Archiv 1875 S. 318) zu beurtheilen. Die Ernennung des Verwalters durch das Gericht, die fakultative Beeidung, die Strafgewalt stehen einer solchen Annahme entgegen. Dieses Verhältniß ist vielmehr in erster Linie ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältniß, das, soweit nicht ausdrückliche Vorschriften im Gesetze sich finden, nach der Natur und dem Wesen der Zwangsverwaltung als eines Aktes der staatlichen Zwangsgewalt und im Hinblick darauf beurtheilt werden muß, daß Vollstreckungsgericht und Zwangsverwalter Organe des Staates sind und eine staatliche Aufgabe erfüllen. Wie aber auch reine Beamtenverhältnisse unter ihren Rechtswirkungen privatrechtliche Ansprüche zählen, so birgt auch das Dienstverhältniß des Verwalters privatrechtliche Rechte und Pflichten in sich, auf welche die Vorschriften über den privatrechtlichen Auftrags- und Dienstvertrag entsprechend anzuwenden sind (vgl. Entscheid. des Reichsger. Bd. 18 S. 174).

Das Vollstreckungsgericht hat fremdes Vermögen, aber nicht im Interesse des Eigenthümers (des Schuldners), sondern im Interesse eines Gläubigers desselben zu verwalten. Zur Erledigung der ihm hiernach obliegenden Geschäfte beruft es sich einen Gehilfen, dem es innerhalb des Dienstverhältnisses, aber nach außen zum Handeln im eigenen Namen (vgl. unter V) einen Theil der Geschäfte überträgt: die Fürsorge für das Grundstück und die Fruchtziehung. Dieser (interne) Auftrag hat eine öffentlich-rechtliche und eine privatrechtliche Seite. Ein Ausfluß der ersteren ist es, daß der Verwalter nunmehr als staatliches Organ behufs Erfüllung seiner Pflicht zur Mitwirkung an einer staatlichen Aufgabe kraft Gesetzes die ihm überwiesenen Geschäfte in eigenem Namen zu führen hat; öffentlich-rechtlich ist seine Pflicht, das ihm übertragene Amt gewissenhaft zu versehen; privatrechtlich sind daneben die Verbindlichkeiten, die sich im Einzelnen aus der Uebernahme des Auftrages ergeben, für das Vollstreckungsgericht einen bestimmten Kreis von Geschäften auszuführen, insbesondere die Pflicht zur Rechnungslegung und zur Ablieferung der vereinnahmten Gelder. Insoweit diese Handlungen zur gewissenhaften Amtsverwaltung gehören, können sie kraft der dem Richter übertragenen Disziplinarstrafgewalt erzwungen werden. Sie können aber auch mit der Mandatsklage ebenso erzwungen werden, wie es dem Staatsfiskus unbenommen ist, gegen einen Kassenbeamten, der die Abführung vereinnahmter Staatsgelder zur Staatskasse verweigert, mit der Mandatsklage vorzugehen.*)

*) Ich habe lange geschwankt, ob nicht die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Ver-

Schurig, Bem. 3 zu § 186 sagt: „Das Verhältniß zwischen Gericht und Verwalter ist im Allgemeinen und soweit nicht Abweichungen aus dem Gesetz oder aus der Natur der Zwangsverwaltung sich ergeben, nach den Grundsätzen über den Auftragsvertrag (§§ 1295 flg. des B.G.B.'s) zu beurtheilen". Ich glaube, daß sich diese Bemerkung im Wesentlichen mit den vorstehenden Ausführungen deckt, zumal wenn man die von ihm zu §§ 190 und 192 gegebenen Erläuterungen hinzunimmt, wo namentlich S. 300 der öffentlich-rechtliche Charakter des Verhältnisses hervorgehoben und betont wird. Nur in einem Punkte vermag ich der Schurig'schen Ansicht nicht beizutreten, daß nämlich der Verwalter den ihm ertheilten Auftrag jederzeit — vorbehaltlich der Vorschrift in § 1322 des B.G.B.'s — solle zurückgeben können. Die Sache liegt insoweit nicht anders, wie beim Konkursverwalter. Wer das Amt eines Zwangs- oder Konkursverwalters und damit die Erfüllung bestimmter Pflichten auf sich genommen hat, kann sich von diesen nicht beliebig und einseitig lossagen. Ihre Erfüllung kann durch Ordnungsstrafen erzwungen werden und die einseitige Aufsagung des Dienstes Seiten des Verwalters für das Gericht höchstens einen Grund zur Entlassung abgeben, wenn zu befürchten ist, daß der widerwillig arbeitende Verwalter seines Amtes nicht mehr mit der erforderlichen Sorgfalt walten wird (vergl. auch v. Wilmowski, K.O. 5. Aufl. 1896, Anm. 1. zu § 70 S. 285 und die daselbst Citirten).

Die Verwalterthätigkeit zerfällt in zwei streng aus einander zu haltende Gruppen von Verwaltergeschäften:

1. die Verwaltung im engeren Sinne, Geschäfte, die auch der Eigenthümer des verwalteten Vermögens, wenn er dieses ordnungsmäßig nutzt, vornehmen muß: die Fürsorge für das Grundstück und die Fruchtziehung. Die Erfüllung dieser Aufgabe ist gar nicht denkbar, ohne daß der Verwalter in rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dritten Personen tritt. Er muß mannigfache Verträge abschließen und sonst in rechtliche Beziehungen zu Dritten treten. Er muß Rechte erwerben und Pflichten auf sich nehmen, um das Ziel der Zwangsverwaltung zu erreichen. Diese Rechte und Pflichten sind seine eigenen. Wenn ihm auch das Gericht berathend, anweisend, beaufsichtigend zur Seite steht, so berührt doch dieses interne Verhältniß zwischen Gericht und Verwalter die Rechtsverhältnisse dritter Personen,

walter und Vollstreckungsgericht (als Vertreter des Staatsfiskus, d. h. des Staatssäckels) und damit auch die Klagrechte des letzteren auf Rechnungslegung und Ablieferung der Verwaltungserträgnisse trotz der gegentheiligen Meinung von Schurig ganz in Abrede zu stellen seien. Sie sind es aber nicht. Privatrechtlich ist der Anspruch des Verwalters gegen den Fiskus auf Bezahlung seiner Gebühr. Der Verwalter hat aber auch einen Anspruch auf Ersatz seiner Auslagen gegen den Fiskus, der seinerseits vom betreibenden Gläubiger Auslagenvorschuß zu seiner eigenen Sicherstellung einfordert. Die Verfolgung des Anspruchs auf Ersatz der Auslagen nöthigt den Verwalter zur Darlegung, daß die auf die Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts verwendeten Kosten nicht überflüssig und übermäßig gewesen sind, mithin schließlich zur Rechnungslegung. Demgemäß muß auch der Fiskus den Anspruch auf Rechnungslegung haben. Vergl. hierzu die Motive zu § 184 der Subh.O.

die zu dem Verwalter in rechtliche Beziehungen getreten sind, in keiner Weise, mag auch der Verwalter gegen ausdrückliche Anweisungen gehandelt, mag er Verwaltungsmaßregeln ergriffen haben, die das Gericht sich ihm gegenüber ausdrücklich vorbehalten hatte (§ 190 Abs. 2 der Subh.O.). Innerhalb der gesetzlichen Schranken, die für sein Amt gezogen sind, ist er nach außen souverän. Während in dieser Gruppe der Gesichtspunkt überwiegt, daß der Verwalter ein öffentliches Amt mit eigenem Pflichten- und Rechtskreis bekleidet, tritt

2. bei der zweiten Gruppe der Gesichtspunkt in den Vordergrund, daß er fremde Geschäfte, Geschäfte des Gerichts im Auftrage des Gerichts ausführt. Es handelt sich hier um Geschäfte, die der Eigenthümer des verwalteten Vermögens nicht oder doch nicht in der Art vorzunehmen hat: Berichterstattung über die Ausführung der Geschäfte, Rechnungslegung, Ablieferung der Erträgnisse der Verwaltung.

Das mit Strafgewalt verbundene Aufsichtsrecht des Gerichts, das sich auf beide Gruppen von Verwaltergeschäften erstreckt, entspringt der Pflicht, für ordnungs- und sachgemäße Abwickelung des Verwaltungsverfahrens zu sorgen. Das Gericht muß sich deshalb über die Geschäftsführung des Verwalters im Laufenden erhalten. Wenn die preußische Subh.O. die ausdrückliche Vorschrift enthält (ebenso Bayern, Art. 134), daß es den Verwalter nach Anhörung des Gläubigers und des Schuldners, geeigneten Falls unter Zuziehung eines Sachverständigen, mit der erforderlichen Anweisung für die Verwaltung zu versehen hat, so ist die Beobachtung dieses überaus zweckmäßigen Verfahrens in Sachsen nachahmenswerth. Daß das sächsische Gesetz nicht ausdrücklich ein Gleiches bestimmt, steht selbstverständlich nicht entgegen. Je nachdem die Zuverlässigkeit, Sachkunde, Erfahrung und Geschäftsgewandtheit des erwählten Verwalters mehr oder minder erprobt ist, muß sich das Gericht von ihm in längeren oder kürzeren Zwischenräumen Bericht erstatten und Rechnung legen lassen. Zeigt sich der Verwalter in der Rechnungslegung oder in der Abführung der Erträgnisse an das Gericht unsorgfältig und säumig, so muß ihn das Gericht geeigneten Falls durch Ordnungsstrafen hierzu anhalten. Zutreffend wird von Schurig S. 300 darauf hingewiesen, daß die Disciplinargewalt des Gerichts mit dem Ende der Funktion des Verwalters aufhört. Es muß daher gefragt werden, wann diese Funktion endet. Ihr Ende fällt nicht zusammen mit dem Ende der Zwangsverwaltung als der Zwangsvollstreckungsthätigkeit. Letzteres kann nur die erste der beiden Gruppen in der Weise zum Abschluß bringen, daß vom Verwalter neue auf Fruchtziehung berechnete und deshalb als Vollstreckungsmaßregeln sich darstellende Geschäfte nicht mehr vorgenommen werden dürfen. Dagegen muß er noch alle Geschäfte besorgen, die zur Abwickelung und Lösung der laufenden Vertrags- und Rechtsverhältnisse, die er zum Zwecke der Fruchtziehung eingegangen ist, erforderlich sind, wie etwa der Guts- oder Fabrikherr, der sein Gut, seine Fabrik verkauft hat und den Wirthschafts- oder Fabrikbetrieb aufgiebt, die zahlreichen persönlichen Rechtsbeziehungen

lösen muß, die als Folge des Wirthschafts- und Fabrikbetriebs ihn mit Gesinde, Arbeitern, Miethern, Abnehmern von Erzeugnissen und sonstigen Dritten verknüpfen (vergl. hierzu Wengler's Archiv 1887 S. 538 flg. — Landgericht Dresden — und Schurig, Nachtrag, zu § 198 S. 93 flg.)

An diese letzterwähnte Verwalterthätigkeit schließt sich naturgemäß als letzte abschließende Handlung Rechnungslegung und Ablieferung der Erträgnisse, die ja selbstverständlich jener anderen Thätigkeit immer nachfolgen muß, nie ihr vorausgehen kann. Bis diese letzten Geschäfte erledigt sind, fungirt er als Verwalter, und es endet daher seine Funktion im regelmäßigen Fall erst, wenn die Verwaltergeschäfte nach innen und außen in allen Beziehungen zum Abschluß gebracht sind.

Nun ist aber noch ein anderer Fall denkbar, daß sich nämlich der Verwalter als ungeeignet, nachlässig oder untreu erweist und daß er durch solches Verhalten dem Vollstreckungsgericht Anlaß giebt, ihn von seiner Funktion zu entheben. Würde dies so geschehen, daß das öffentlich-rechtliche Dienstverhältniß endgültig gelöst würde, so würde zweifelsohne hiermit die öffentlich-rechtliche Unterordnung des Verwalters unter den Vollstreckungsrichter und dessen Disciplinar- und Strafgewalt fortan weggefallen sein. Damit hätte aber der Vollstreckungsrichter ein werthvolles und gerade im vorausgesetzten Falle der Nachlässigkeit oder Untreue des Verwalters kaum entbehrliches Mittel zur Durchführung seiner Aufgabe verloren. Es leuchtet ein, daß ein solches Ergebniß überaus unerwünscht sein müßte. Ein meines Erachtens ausreichendes Auskunftsmittel ist es, wenn in solchem Falle das Gericht nicht sofort zur Entlassung des Verwalters schreitet, sondern ihn zunächst nur suspendirt, ihm unter Zurücknahme des Auftrags zur Geschäftsführung die weitere Verwaltung verbietet und durch schleunige Ernennung eines neuen Verwalters und da nöthig durch öffentliche Bekanntmachung Fürsorge trifft, daß der alte Verwalter nicht trotz des Verbots weiterhin nach außen als Zwangsverwalter auftritt. Daß das Gericht berechtigt ist, den Verwalter statt ihn sofort zu entlassen vorläufig erst zu suspendiren, kann nach den Vorschriften in §§ 186 Abs. 3 und § 190 Abs. 2 der Subh.O. einem begründeten Zweifel nicht unterliegen. Wählt das Gericht diesen Ausweg, so verliert der Verwalter zwar die Befugniß, nach außen Verwaltungsakte vorzunehmen, er bleibt aber in seinem internen Verhältniß zum Gericht der Verwalter, der der Strafgewalt des Richters unterworfen ist und durch Ordnungsstrafen zur Vornahme der zweiten Gruppe der Verwaltungsgeschäfte angehalten werden kann. Es kommt also Alles darauf an, daß das Gericht in solchen Fällen sich nicht selbst durch endgültige Entlassung des Verwalters der wirksamen Disciplinargewalt über den Verwalter beraubt.

Die Abwickelung der Verwaltung kann nun, um nur einige Möglichkeiten herauszugreifen, in folgender Weise verlaufen.

1. Der Verwalter legt Rechnung und liefert den Verwaltungserlös an das Gericht ab. Dieses prüft die Rechnung und findet keine Erinnerungen zu ziehen. Sind nun

a) auch der betreibende Gläubiger und der Schuldner, denen die Rechnung auf Verlangen vorzulegen ist, mit ihr zufrieden, so bewendet es hierbei. Erhebt aber

b) der Gläubiger oder der Schuldner eine Einwendung (z. B. daß der Verwalter eine Miethzinsrate, die zur Zwangsverwaltungsmasse zu ziehen gewesen sei, zu Unrecht nicht eingehoben habe, oder daß er zu Unrecht einen der in § 193 Abs. 2 der Subh.O. genannten Gegenstände verkauft und den Erlös als Einnahme zu Unrecht in die Rechnung eingestellt habe), so hat das Gericht, geeigneten Falls nach Gehör des Verwalters, zu entscheiden, und wenn es nicht zur Zurückweisung der Einwendung gelangt, den Verwalter mit der je nach Lage der Sache erforderlichen Anweisung zu versehen, gegebenen Falles seinen Willen mit den Mitteln der Disciplinargewalt zu erzwingen, unter Umständen den Klagweg zu beschreiten oder den Interessenten auf den Klagweg zu verweisen oder ihm den Anspruch zur eigenen Geltendmachung abzutreten. Wenn das eine oder das andere Platz zu greifen hat, soll an den schon erwähnten Beispielen näher erläutert werden.

Der Gläubiger rügt, daß der Verwalter vom Miether X. den Miethzins nur für die zwei Vierteljahre, nicht aber auch auf das dritte Vierteljahr vereinnahmt habe. Das Gericht findet, daß die Rüge berechtigt ist und weist den Verwalter entsprechend an.

aa) Der Verwalter hat die Einziehung der Miethe nur vergessen und wird zur Nachholung des Versäumten (da nöthig durch Ordnungsstrafen) angehalten.

bb) Der Verwalter hat von der Einziehung der Miethe Abstand genommen, weil er wegen Mittellosigkeit des inzwischen ausgezogenen Miethers sich von einer Klage gegen ihn keinen Erfolg versprach. Er hat aber dabei die Sorgfalt eines guten Hausvaters unbeachtet gelassen. Oder er hat dem vorzeitig ausgezogenen Miether die Zahlung ferneren Miethzinses erlassen. Hier haftet er auf Grund seiner Verschuldung dem Gericht, das durch seine Schuld Mittel zur Gläubigerbefriedigung eingebüßt hat, dem Gläubiger aus dem gleichen Grunde, wenn und soweit der Betrag des unerhobenen Miethzinses ihm zugefallen wäre, endlich auch dem Schuldner, weil dessen Schulden bei ordnungsmäßigem Verhalten in höherem Maße getilgt worden wären. Ist der Schädenanspruch liquid, so steht nichts im Wege, daß das Gericht die Erfüllung mit Ordnungsstrafen zu erzwingen versucht. Denn man darf es wohl als einen Ausfluß der Amtspflicht ansehen, daß der Amtsinhaber die durch sein Versehen bei Ausübung seines Amtes liquider Maßen verursachten Schäden unerwartet der Geltendmachung derselben Seiten der Geschädigten ersetzt. Ist die Schadenersatzpflicht oder der Betrag des Schadens zweifelhaft und streitig, so ist, wie einer Ausführung nicht bedarf, ein Zwang durch Ordnungsstrafen gegen den Verwalter unangebracht und unzulässig, da ihm hierdurch die Ausführung seiner Rechte im Rechtswege nicht verschränkt werden darf. Hier muß der Ersatz des behaupteten Schadens im Klagwege erstrebt werden. In erster Linie ist das Gericht berufen, den Klagweg zu beschreiten. Eine Abtretung

seines Schadenersatzanspruchs an einen Interessenten ist nur dann unbedenklich, wenn sich klar übersehen läßt, wem der Fehlbetrag zugeflossen sein würde (vergl. Sächs. Arch. 1893 S. 652). Keinen Falles ist eine Abtretung an den betreibenden Gläubiger unter allen Umständen statthaft, da die Erträgnisse der Zwangsverwaltung durchaus nicht nur und nicht in erster Linie für ihn zu verwenden sind (vgl. § 194 der Subh.Ordn.) und die in Folge des Ausfalls unterbleibende Befriedigung der Zinsenforderung eines Vorhypothekariers nachtheiligen Einfluß auf den betreibenden Gläubiger (nach beendeter Zwangsverwaltung) nur dann ausübt, wenn das Zwangsversteigerungsverfahren innerhalb zwei Jahren eingeleitet wird, weil nur desfalls der Zinsrückstand vom Vorhypothekarier mit dem Rang vor dem betreibenden Gläubiger geltend gemacht werden kann (§ 4 Z. 4a der Subh.Ordn.).

Wenn der Schuldner rügt, daß der Verwalter zu Unrecht eine bewegliche Zubehör verkauft und den Erlös zur Zwangsverwaltungsmasse vereinnahmt habe, so kann das Gericht, wenn die Erinnerung begründet ist, nicht blos die Ausantwortung des Erlöses an den Schuldner beschließen, sondern auch den Verwalter anweisen, dem Schuldner Schadenersatz zu leisten, falls weitergehender Schaden entstanden ist und geltend gemacht wird. Zwang durch Ordnungsstrafen ist hier ebensowenig am Platze, wie das Gericht selbst einen Schadenersatzanspruch würde geltend machen können. Hier ist also der Schuldner vom Gericht eventuell darauf zu verweisen, seinerseits aus eigenem Rechte Klage zu erheben.

2. Der Verwalter unterläßt die Rechnungslegung oder die Abführung des Verwaltungserlöses, auch nachdem die Disciplinarmittel erschöpft sind. Hier bleibt nichts übrig, als den Verwalter auf Rechnungslegung oder Herausgabe der Erträgnisse zu verklagen. Auch hier muß in erster Linie das Gericht klagen. Handelt es sich um Rechnungslegung, so wird eine Abtretung des Anspruchs darauf an einen Interessenten kaum rathsam sein. Liegt die Rechnung vor und fehlt es bloß an der Ablieferung des Erlöses, so kann das Gericht demjenigen den Anspruch zur eigenen Geltendmachung abtreten, dem die Erträgnisse nach § 194 der Subh.Ordn. zufallen würden, dem betreibenden Gläubiger überdies dann, wenn er für den Ausfall vermöge seiner Vorschußpflicht aufzukommen hat. Dabei bleibt zu beachten, daß eine Abtretung dieser privatrechtlichen oder doch nach Art der privatrechtlichen zu behandelnden Ansprüche nur im Wege des Vertrags möglich, mithin die Zustimmung (Annahmeerklärung) des in Aussicht genommenen Cessionars unentbehrlich und die einseitige „Ueberweisung" des Anspruchs Seiten des Gerichts an einen Interessenten ausgeschlossen ist. Wird die Annahme der Abtretung abgelehnt, so kann sich das Gericht nicht entbrechen, die in Frage stehenden Ansprüche selbst weiter gegen den Verwalter zu verfolgen, um nach erfolgreicher Durchführung des Processes den erzielten Erlös nach Maßgabe der Vorschriften in § 194 der Subh.Ordn. zu vertheilen. In der Praxis dürften derartige Processe wohl zu den größten Seltenheiten gehören.

Schädenansprüche können gegen den Verwalter erhoben werden, wenn er schuldhaft gehandelt hat. Er haftet nicht blos für Arglist, sondern auch für grobe und geringe Fahrlässigkeit. § 196 der Subh.Ordn. bestimmt, daß der Verwalter für Verschuldung nach Maßgabe von § 728 des B.G.B. hafte. Wenn es hier heißt: „Die Betheiligten bei einer Forderung haften in ihren gegenseitigen Beziehungen zu einander für absichtliche Verschuldung und für grobe und geringe Fahrlässigkeit", so darf hieraus nicht in einschränkender Auslegung der Satz entnommen werden, daß der Verwalter nur dem Gericht gegenüber hafte, da er nur diesem gegenüber (neben seinen öffentlich-rechtlichen Beziehungen) in einem Forderungsverhältniß stehe. Vielmehr haftet er einem Jeden, in dessen Rechtssphäre er durch die Ausübung seines Amtes eingreift. In diesem Sinne bestimmt auch die preußische Subh.Ordn. § 144 Abs. 3, er habe die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden. Eher zweifelhaft ist das Verhältniß der Vorschrift in § 196 Abs. 1 zu der Bestimmung, daß der Verwalter bei Ausübung seiner Funktion an die Weisungen des Gerichts gebunden ist (§ 186 Abs. 3). Es ist denkbar, daß das Gericht eine Maßnahme anordnet, die die Interessen der Betheiligten unzweifelhaft schädigt. Man denke sich folgende Fälle. Ein verschuldeter Vollstreckungsrichter weist den Verwalter an, ihm die Erträgnisse der Verwaltung als Darlehn zu überlassen. Das Vollstreckungsgericht ordnet, das Gesetz mißverstehend, die Versteigerung der in § 193 Abs. 2 genannten Gegenstände an, sobald der Verwalter ihrer nicht mehr bedarf. In beiden Fällen befolgt der Verwalter die Weisung des Gerichts. Kann er sich einer Schädensklage eines Gläubigers oder des Schuldners gegenüber auf die Vorschrift in § 186 Abs. 3 der Subh.Ordn. berufen? Im ersten Falle gewiß nicht. Wenn das Gesetz vorschreibt, der Verwalter solle an die Weisungen des Gerichts gebunden sein, so geht es selbstverständlich davon aus, daß die Weisung eine pflichtmäßige ist. Stellt sie sich ohne weiteres als eine pflichtwidrige, mit den Zwecken der Zwangsverwaltung in keinem Zusammenhang stehende schädliche Anordnung dar, so schlägt der § 186 Abs. 3 nicht ein. Der Verwalter ist in Folge dessen nicht daran gebunden und handelt, wenn er ihr trotzdem nachkommt, auf eigene Gefahr.

Für das zweite Beispiel würde man zu erwägen haben, daß die angeordnete Maßregel sich äußerlich zweifellos als eine mit der Zwangsverwaltung in unmittelbarem Zusammenhang stehende, ihren Zwecken dienende Anordnung sich darstellt und die Gläubigerbefriedigung zu fördern geeignet ist. Sie ist aber (wie oben gezeigt wurde) objektiv unberechtigt und verletzt die berechtigten Interessen des Schuldners, deren Schonung Pflicht des Vollstreckungsgerichts und des Verwalters ist. Auch sie ist daher objektiv pflichtwidrig und deshalb für den Verwalter nicht bindend. Wie aber das Gesetz davon ausgeht, daß das Gericht nur objektiv gerechtfertigt Anweisungen ertheilen wird, so wird man auch dem Verwalter nicht verargen dürfen, wenn er sich im Allgemeinen darauf verläßt, daß das Gericht ihn nur mit pflichtmäßigen Weisungen versieht. Die Befolgung einer objektiv

pflichtwidrigen Anordnung wird deshalb dem Verwalter nur dann zur Schuld angerechnet werden können, wenn er sich bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sagen mußte, daß die Weisung des Gerichts der gesetzlichen Berechtigung entbehrt. Hierbei kommt natürlich Alles auf die Umstände des einzelnen Falles an.

Wie aber bringt der Verwalter Erinnerungen gegen unberechtigte oder ihm ungerechtfertigt scheinende Verfügungen des Vollstreckungsgerichts zur Geltung? Da gegen die in § 186 Abs. 3 der Subh.O. erwähnten Verfügungen des Gerichts das Rechtsmittel der Beschwerde nicht ausdrücklich zugelassen worden ist und nach § 183 die Vorschrift des § 51: „Eine Anfechtung der Entscheidung des Vollstreckungsgerichtes findet nur in den in diesem Gesetze besonders bezeichneten Fällen statt" auch auf das Zwangsverwaltungsverfahren entsprechend anzuwenden ist, so könnte der Gedanke auftauchen, daß jene Verfügungen der Anfechtung überhaupt nicht unterliegen. Indessen halte ich eine solche Annahme für unzutreffend. Der § 187 betrifft nicht blos Erinnerungen Dritter gegen Maßnahmen des Verwalters, sondern auch Erinnerungen des Verwalters gegen Maßnahmen des Gerichts. Die Motive dazu verweisen ohne weitere Bemerkung auf § 685 der C.P.O. Diese Gesetzesstelle umfaßt aber bekanntlich auch die Einwendungen gegen die vom Vollstreckungsgericht erlassenen Zwangsvollstreckungsmaßregeln, z. B. Forderungspfändungen u. s. w. Es steht daher dem Verwalter frei, dem Vollstreckungsgericht, dessen Verfügung er sich nicht unterwerfen will, Einwendungen dagegen zu unterbreiten und eine Entscheidung desselben im Sinne von § 187 herbeizuführen, deren Anfechtbarkeit nach § 188 gegeben ist. Stellt sich die den Verwalter beschwerende Verfügung schon als Entscheidung im Sinne des § 187 dar, ist sie z. B. auf eine Erinnerung des betreibenden Gläubigers ergangen, so ist eine Gegenerinnerung des Verwalters ausgeschlossen, vielmehr unmittelbar Beschwerde einzuwenden (vgl. wegen des Rechts zur Beschwerde gegen Festsetzung von Ordnungsstrafen für Preußen Jäckel a. a. O. Note 2 zu § 144 S. 507 und Knorr a. a. O. zu § 144).

Eine mit dem Vorstehenden nur in losem Zusammenhang stehende Frage betrifft den Einfluß der Beendigung des Zwangsverwaltungsverfahrens auf das Recht des Verwalters zur Forterhebung bis dahin noch unerhobener Früchte. Mehrfache gerichtliche Entscheidungen behandeln diese Frage, so das Landgericht Dresden in Wenglers Archiv 1887 S. 538 flg., das Oberlandesgericht Dresden im Sächs. Archiv 1893 S. 647 flg., das Landgericht Leipzig ebenda S. 650 flg. Obwohl in der letzteren Entscheidung dem Verwalter trotz Beendigung der Zwangsverwaltung das Recht zur Erhebung der bis dahin fällig gewordenen Früchte beigelegt wird, während in den beiden ersten Entscheidungen an die Beendigung der Zwangsverwaltung die Wirkung geknüpft worden ist, daß damit das Recht des Verwalters auf Bezug der bis dahin fällig gewordenen unerhobenen Früchte erlischt, läßt sich nicht sagen, daß die Entscheidungen einander widersprächen, wie

dies Schmaltz a. a. O. S. 41 anzunehmen scheint. In den beiden ersten Entscheidungen handelt es sich um das durch die Einstellung des Verfahrens herbeigeführte Ende der Zwangsverwaltung, in dem vom Landgericht Leipzig behandelten um Beendigung der Zwangsverwaltung in Folge Zuschlags im Versteigerungstermine. Beide Arten der Beendigung sind in ihren Wirkungen grundverschieden. Für die Frage, ob der Verwalter noch Früchte erheben darf, ist maßgebend (und dies ist weder in der Leipziger Entscheidung Sächs. Archiv 1893 S. 650 flg. genügend hervorgehoben worden, noch scheint von Schurig, Nachtrag S. 93 hierauf Gewicht gelegt zu werden), ob die Dispositionsbefugniß über die Früchte an den Schuldner zurückfällt oder nicht, ob das Veräußerungsverbot rücksichtlich der Nutzungen mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben wird oder nur für die Zukunft sich erledigt und gegenstandslos wird. Der Unterschied ist in die Augen fallend, je nachdem in Folge der Rücknahme des Vollstreckungsantrags oder Befriedigung des Gläubigers die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner eingestellt und aufgehoben wird oder in Folge Durchführung der Zwangsvollstreckung die Zwangsverwaltung aufhören muß, weil das Grundstück versteigert worden ist und das Nutzungsrecht des Erstehers beginnt. In dem letzteren Falle bleiben die Beschlagnahme und das Veräußerungsverbot bestehen und werden nur für die Zukunft gegenstandslos (vgl. hierzu die einen preußischen Fall betreffende Entscheidung des Reichsger. Bd. 20 S. 290 flg.). Die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln ist nur eine Folge der Einstellung des Zwangsverfahrens, nicht schlechthin der Beendigung des Verfahrens (Schurig, a. a. O. S. 162 Bem. 1 zu § 81). Daher ist auch die Einstellung der Zwangsverwaltung nach §§ 6 und 7 der A.V.O. in der Weise im Grundbuch einzutragen, daß der gemäß § 6 eingetragene Vermerk „das Zwangsverwaltungsverfahren ist eingeleitet" ꝛc. wieder gelöscht wird. Im Falle der Beendigung der Zwangsverwaltung durch Zuschlag im Versteigerungstermin wird dagegen ein solcher Löschungsvermerk nicht eingetragen.

Ich vermag in dieser verschiedenen Behandlung der Sache nur ein äußerlich erkennbares Anzeichen dafür zu erblicken, daß der Zuschlag im Versteigerungstermin das Recht des Verwalters auf Erhebung der bis dahin fällig gewordenen Früchte nicht berührt und sein Fruchtbezugsrecht nur für die Zukunft, d. h. in Ansehung der nach dem Zuschlag fällig werdenden Früchte ausschließt (A. M. Schurig, a. a. O. S. 304, Bem. 3 zu § 198). Daß in keinem Fall die Geschäftsthätigkeit des Verwalters mit der Beendigung der Zwangsverwaltung von selbst aufzuhören habe, darauf ist schon oben hingewiesen. Im Uebrigen ist hierzu in den Ausführungen bei Schurig, Nachtrag S. 93 und in Wenglers Archiv 1887 S. 538 flg. das Nöthige gesagt.

Zu den Bemerkungen von Schmaltz, a. a. O., S. 41, die Abtretung der Rückstände zur Selbsteinziehung an den betreibenden Gläubiger betreffend, ist nur nochmals darauf hinzuweisen, daß der Verwalter für sich allein in keinem Falle

hierzu berechtigt ist, da die Vertheilung der Erträgnisse der Zwangsverwaltung nicht im Rahmen der ihm gesetzlich zugewiesenen Thätigkeit liegt, daß er hierzu vielmehr stets die Anweisung des Vollstreckungsgerichts braucht, und daß die Abtretung in jedem Falle die Prüfung und Bejahung der Frage voraussetzt, ob die noch unerhobenen Erträgnisse, wenn der Verwalter sie erhoben und an das Gericht abgeliefert hätte, durch dieses gemäß § 194 der Subh.Ordn. dem betreibenden Gläubiger zugewiesen worden sein würden.

Ich schließe hiermit die Betrachtung über die Rechtstellung des Zwangsverwalters und sein Verhältniß zum Hypothekengläubiger, Schuldner und Vollstreckungsgericht mit dem Bewußtsein, daß ich keineswegs auch nur annähernd alle wichtigeren Fragen habe berühren und erörtern können, und daß viele meiner Ausführungen der Anfechtung nicht entgehen werden. Geschieht dies mit dem Erfolge, daß Besseres an ihre Stelle gesetzt wird und hierdurch mehr Licht in das dunkle Gebiet, das voll von überaus zweifelhaften Rechtsfragen ist, hineindringt, so ist der Zweck dieser Zeilen erreicht. Einen Hinweis auf die von der Reichsgesetzgebung in Angriff genommene Regelung dieser Materie habe ich unterlassen, weil das Gesetz noch im Werden begriffen ist, und die Materie in besonderer Abhandlung zu besprechen sein wird.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Verzug; Lieferung von Garnen nach vorgängiger Deklaration Seitens des Käufers, Handelsbrauch, Nachfrist. §§ 803, 737, 736, 749 des B.G.B.'s, Art. 279, 354, 356, 343 des H.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 5. December 1893 (O. IV. 121/93.)

In dem durch die Berufung angefochtenen Urtheile hat die erste Instanz die Klägerin mit ihrem Anspruch auf Zahlung von 4134 M Schadenersatz wegen Nichterfüllung eines auf Lieferung von Garn gerichteten Kaufvertrags vom 7. April 1892 abgewiesen.

Der nähere Sachstand ergiebt sich aus den folgenden Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils, durch das die Berufung zurückgewiesen wurde.

Auch das Berufungsgericht sieht den eingeklagten Schadenanspruch nicht für begründet an.

Durch die bei dem Vertragsabschlusse am 7. April 1892 getroffene Vereinbarung, daß die Lieferung der Garne nach vorgängiger Deklaration der Klägerin und die Abnahme der Garne bis spätestens Ende 1892 erfolgen solle, war nicht blos für die Abnahme, sondern auch für die der Klägerin, wie die erste Instanz

richtig zeigt, als eine Vertragspflicht obliegende Deklaration (§§ 803, 737 des B.G.B.'s) eine nach dem Kalender bestimmte Zeit festgesetzt. Da Klägerin dieser Verpflichtung, ohne deren Erfüllung die Beklagte zur Lieferung der Garne nicht im Stande war, hinsichtlich der 300 Centner Garne D, CC, B, BB, BBB zugestandenermaßen bis zum 19. Januar 1893 weiter nicht als bis zu der Garnmenge von 8800 Pfund nachgekommen war, so befand sie sich wie gemäß §§ 736, 749 des B.G.B.'s bereits mit Ablauf des Jahres 1892, so auch bei Absendung des Briefes der Beklagten an diesem Tage noch in Ansehung der übrigen 21200 Pfund, wegen deren Nichtlieferung Klägerin gegenwärtig Schadenersatz beansprucht, bei der ohne Weiteres vorauszusetzenden Lieferungsbereitschaft der Beklagten in Verzug der Annahme, ohne daß es noch einer Aufforderung zur Deklaration von Seiten der Beklagten bedurfte (vergl. Entsch. des Reichsgerichts X S. 95).

Die Klägerin kann sich hiergegen nicht mit Erfolg auf einen abweichenden Handelsbrauch berufen, da Handelsbräuche im Sinne von Artikel 279 des B.G.B.s vermöge ihres Charakters als bloses Auslegungsmittel für Rechtsgeschäfte nur auf Grund des übereinstimmenden Willens der Vertragschließenden für das einzelne Rechtsgeschäft Geltung genießen, im vorliegenden Falle jedoch die Festsetzung einer kalendermäßig bestimmten für die Deklaration wie für die Abnahme maßgebenden Frist zu der Annahme berechtigt, daß nach dem Vertragswillen der Parteien die Geltung des fraglichen Handelsbrauchs für das in Rede stehende Kaufgeschäft ausgeschlossen werden sollte. Daraus aber, daß von der Beklagten Deklarationen, die erst im Januar 1893 geschehen, noch zur Lieferung angenommen wurden, kann im Hinblick auf die für Verzichte bestehenden strengen Auslegungsregeln (B.G.B. § 135) eine Verzeihung des bereits mit Ablauf des Jahres 1892 eingetretenen Annahmeverzugs nur bezüglich der angenommenen Deklarationen, keineswegs aber betreffs der nicht deklarirten Garnmenge hergeleitet werden. Ebensowenig begründete die bei dem Vertragsabschluß vom 7. April 1892 gebrauchte Klausel „anschließend an die vorhergehenden Schlüsse" für die Beklagte die Verpflichtung, die Nachsicht, welche sie hinsichtlich der Abnahme aus diesen Schlüssen über den als Endtermin gesetzten 30. September 1892 hinaus gewährte, auch betreffs des Vertrags vom 7. April 1892 zu üben.

Geht man nun auf Grund des Satzes, daß bei eingetretenem Annahmeverzuge des Käufers der nichtsäumige Verkäufer seine Ansprüche aus dem Vertrage ebenso geltend machen kann, wie wenn er erfüllt hat,

vergl. Mommsen, Beiträge III S. 302; Windscheid, Pandekten § 346. 2 VII. Aufl.; Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XXIV, S. 67; Entscheidungen des Reichsgerichts XIV S. 245, 246; Bolze, Praxis X N. 493,

zugleich weiter davon aus, daß der Beklagten infolge des Annahmeverzugs nicht angesonnen werden könne, das der Klägerin für den Fall der rechtzeitigen Abnahme der Garne zugestandene Zahlungsziel von 30 Tagen abzuwarten, sondern

das Recht zustehe, die Zahlung des Kaufpreises sofort zu verlangen, so war die Klägerin durch den Verzug der Annahme gleichzeitig in Verzug der Zahlung gerathen und die Beklagte in Ausübung des ihr diesfalls durch Artikel 354, 356 des H.G.B.'s eingeräumten Wahlrechtes befugt, von dem Kaufvertrage zurückzutreten und dies in ihren Briefen vom 19. und 26. Januar 1893 zu erklären. Daß Beklagte mit dieser Wahlanzeige nicht zugleich eine Nachfrist der Klägerin verwilligt hat, gereicht ihr nicht zum Nachtheile, da Beklagte nach Artikel 356 des Handelsgesetzbuchs zur Setzung einer solchen Frist nur auf Verlangen verpflichtet war und die Klägerin sich darauf beschränkt hat, dem Rücktritte zu widersprechen, ohne jemals den Willen, den Vertrag ihrerseits zu erfüllen, kund zu geben und insbesondere, wie ihr nach Befinden binnen angemessener Frist zustand,

vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts VIII S. 19 und des Reichsgerichts VII S. 79,

die versäumte Deklaration bezüglich des noch unerledigten Theils der vereinbarten Garnlieferung nachzuholen.

Bei dieser Auffassung wäre in Folge des der Beklagten solchenfalls wegen des Zahlungsverzugs der Klägerin zustehenden Rechtes zum Rücktritte vom Vertrage dem Klaganspruch die in dem rechtlichen Fortbestande des Vertrags beruhende Grundlage entzogen.

Aber auch in dem Falle, wenn der Klägerin ihres Annahmeverzuges ohngeachtet die vereinbarte Zahlungsfrist bis zum 30. Januar 1893 zugestanden werden müßte und gegenüber dem hiernach allein vorliegenden Annahmeverzug der Klägerin die Beklagte auf die Befugnisse des Artikels 343 des H.G.B.'s beschränkt war, der Klägerin aber in Gemäßheit dieser Vorschrift auf solange, als Beklagte von dem Rechte des Selbsthilfeverkaufs nicht Gebrauch gemacht hatte, der Anspruch auf Lieferung des Garnes verblieb, würde dies doch immer nicht die Folge haben, daß Beklagte durch ihre Rücktrittserklärung in Lieferungsverzug gekommen sei.

Denn obwohl die Beklagte mit der im Briefe vom 20. Januar 1893 wiederholten Annullationserklärung die Weigerung, weitere Dispositionen der Klägerin zu notiren m. a. W. zu liefern verbunden hat, so können doch die Erklärungen in den beiden Briefen der Beklagten nicht, wie wohl Lieferungsweigerungen in anderen Fällen

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts VII S. 44; XIV S. 245; XXX S. 98,

einer auf bewußter Vertragswidrigkeit beruhenden Erfüllungsweigerung gleichgestellt werden. Vielmehr geht aus der zur Begründung der Rücktrittes in dem Briefe vom 19. Januar 1893 ersichtlichen Bezugnahme darauf, daß die Klägerin trotz der Verpflichtung, die 300 Centner Garne bis Ende 1892 abzunehmen, noch nicht einmal größere Eintheilungen (Spezifikationen größeren Umfanges) darauf ertheilt habe, mit genügender Deutlichkeit hervor, daß Beklagte hierbei von der Rechtsauffassung geleitet wurde, sie stehe auf dem Boden der Bestimmungen von Ar-

tikel 354, 356 des H.G.B.'s und könne es der Klägerin überlassen, für den Fall, daß ihr nur selbst an Erfüllung ihrer Vertragspflichten gelegen sei, um Bewilligung einer Nachfrist zu bitten. Es liegt hiernach nicht ein Fall vor, in welchem die Klägerin sich den von der Beklagten abgegebenen Erklärungen gegenüber von der Vergeblichkeit einer ihrerseits bewirkten Deklaration überzeugt halten und in dieser Ueberzeugung von der ihr obliegenden Deklaration als einer leeren Form absehen durfte.

Wie daher schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Lieferungsweigerung für sich allein nicht genügt, den Schuldner in Verzug zu setzen

vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts IX S. 268, XVI S. 422,

so war im vorliegenden Falle die Klägerin gehalten, durch ungesäumte Ausübung ihrer Deklarationspflicht ebensowohl den ihrerseits verhangenen Annahmeverzug abzuwenden, als gegenüber der Beklagten, welcher damit die Möglichkeit zu liefern gewährt wurde, die nothwendige Vorbedingung, um sie in Lieferungsverzug zu setzen, herzustellen. Dies ist jedoch Seitens der Klägerin nicht geschehen.

Bei dieser Auffassung, welche sich auf die Unterstellung eines Annahmeverzugs beschränkt, fehlt es sonach der Klagebegründung an der Darlegung eines auf Seiten der Beklagten vorhandenen Lieferungsverzugs und dieser Mangel konnte auch nicht durch die Erhebung der auf Schadenersatz gerichteten Klage beseitigt werden, da die hierin zu befindende Anzeige der Wahl unter den nach Artikel 354, 356 dem nichtsäumigen Kontrahenten zugestandenen Rechten den bereits erfolgten Eintritt des Verzugs auf Seiten des andern Theils zur nothwendigen Voraussetzung hat.

vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XV S. 387.

Wollte man übrigens den Vertrag sei es auf Grund der unbestrittenen Bestimmung, daß die Abnahme bis spätestens Ende 1892 zu erfolgen habe, oder mit Hülfe der von der Beklagten behaupteten, von der Klägerin verneinten Vereinbarung des Anschlusses einer Nachfrist als ein Fixgeschäft im Sinne von Artikel 357 des H.G.B.'s beurtheilen, so würde, ganz abgesehen von der Frage, ob eine solche Auffassung richtig

vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts VI S. 261; Wengler's Archiv 1889 S. 199

und gegenüber dem Bestreiten der Klägerin zu deren Gunsten zu verwerthen sein würde,

vergl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts XV S. 322; Bolze Praxis I N. 1876; X N. 761; Annalen des Kgl. Oberappellationsgerichts N. F. I S. 236,

damit für dieselbe etwas nicht gewonnen, da als Folge sich nur die Berechtigung der Rücktrittserklärung der Beklagten ergeben würde.

Mäklergebühr; Fall, in dem der Grundstücksbesitzer, der die Aufnahme einer Hypothek beabsichtigt, Unentgeltlichkeit der Dienste des Mäklers hat annehmen können. (§ 1254 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 15. März 1897. O. I. 200/96.

Am 12. Januar 1894 erließ der Kläger, welcher unter der im Handelsregister eingetragenen Firma „G. Emil F." in Dresden gewerbsmäßig die hypothekarische Unterbringung von Bank-, Sparkassen- und Privatgeldern betreibt, im „Dresdner Anzeiger" folgende Anzeige: „Aus dem Fond eines Bankinstituts sollen sofort oder später 600000 ℳ à 4 Proz. auf Wohnhäuser und Güter feststehend angelegt werden. Dresdner ältere Häuser in guter Lage werden über die Brandkasse beliehen. Gesuche unter 33 an die K. S. Adreßcomptoire erbeten."

Darauf ging bei dem Kläger unter dem, in der Anzeige angegebenen Zeichen ein Schreiben des Beklagten vom 13. Januar 1894 ein, in welchem der Beklagte auf sein Hausgrundstück Nr. 1 der Nstraße zu Dresden ein Kapital von 90000 ℳ, eventuell 150000 ℳ anderweit zu leihen suchte.

Am 16. Januar 1894 theilte der Kläger dem Beklagten mittels Schreibens mit, daß die ausgebotenen Kapitalien — welche er übrigens noch gar nicht an der Hand hatte —, durch ihn auszuleihen, und die Gesuche an ihn zu richten seien, und forderte gleichzeitig den Beklagten zur Vorlegung der Grundstückspapiere auf.

Am 17. Januar 1894 erschien der Beklagte, welchem der Geschäftsbetrieb des Klägers bekannt war, persönlich in dessen Geschäftslokal und erklärte ihm, daß er 150000 ℳ zu 4% auf erste Hypothek aufzunehmen beabsichtige und die verlangten Grundstückspapiere beschaffen werde, überbrachte sie auch am 20. desselben Monats mit dem Bemerken, daß er 90000 ℳ am 1. Juli und 60000 ℳ am 1. October 1894 brauche.

Unter dem 29. Januar 1894 erhielt der Kläger von dem Direktor der Sächsischen Rentenversicherungsanstalt, Dr. X. brieflich die Mittheilung, daß die Anstalt beschlossen habe, dem Beklagten auf sein Hausgrundstück 135000 ℳ zu leihen, mit dem Hinzufügen, daß derselbe mit der Höhe des Darlehns sich einverstanden erklärt habe.

Am 31. Januar 1894 setzte der Kläger hiervon den Beklagten mündlich in Kenntniß und verlangte von ihm für seine Bemühungen 500 ℳ.

Am 19. Februar 1894 schrieb der Beklagte dem Kläger, daß sich die, sein Hausgrundstück betreffende Hypothekenangelegenheit erledigt habe, er deshalb das zugesendete Annahmeformular zurückschicke und um die Rückgabe der Grundstückspapiere bitte, worauf am 15. März 1894 der Kläger ihm sämmtliche Grundstückspapiere zurückstellte.

Dessenungeachtet wurden jedoch später auf dem, das Hausgrundstück des Beklagten betreffenden Grundbuchsfolium für die Sächsische Rentenversicherungsanstalt in zwei verschiedenen Beträgen insgesammt 140000 ℳ Darlehn, welche

der Beklagte gewährt erhalten hatte, eingetragen, und zwar 80000 ℳ laut Urkunde vom 28. Juni und 60000 ℳ laut Urkunde vom 2. October 1894.

Der Kläger behauptet, dem Beklagten diese Hypotheken durch seine Thätigkeit, wenn auch nur bis zum Betrage von 135000 ℳ, verschafft zu haben, und fordert von ihm für seine Bemühungen eine Vergütung in Höhe von 1 % der bezeichneten Summe, also 1350 ℳ, vorbehältlich anderweitigen richterlichen Ermessens bezüglich der Höhe des Anspruchs, zu verurtheilen.

Dem Antrage des Beklagten auf Klagabweisung ist durch das Urtheil der ersten Instanz stattgegeben worden.

Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

1. Nach § 1254 B.G.B.'s kann zwar eine Mäklergebühr nur gefordert werden, wenn sie versprochen worden ist. Allein dieß ist nicht dahin zu verstehen, daß das Versprechen ausdrücklich abgegeben worden sein muß. Die Zusage einer Vergütung für zu leistende Mäklerdienste kann auch stillschweigend erfolgen, § 98 B.G.B., und dieser Fall wird in der Regel dann vorliegen, wenn Jemand sich der Mäklerdienste eines Anderen bedient, von dem er weiß, daß derselbe aus der Leistung solcher Dienste gegen Gewährung eines Entgeltes ein Gewerbe macht. Die Höhe des zu gewährenden Mäklerlohns hat solchenfalles als auf das billige Ermessen des Mäklers gestellt zu gelten. §§ 820, 802 B.G.B., W.A. N. F. Bd. 11, S. 12; A.F. Bd. 6, S. 644 flg., Sächs. Archiv Bd. 3 S. 334.

Die Annahme der stillschweigenden Zusicherung einer Mäklergebühr wird jedoch auch in einem solchen Falle dann nicht zulässig sein, wenn Umstände vorliegen, welche es nahe legen, daß über die Entgeltlichkeit des Geschäfts unter den Parteien kein Einverständniß geherrscht hat, der Auftraggeber vielmehr hat davon ausgehen können, der Mäkler werde ihm seine Dienste unentgeltlich leisten.

So ist aber die vorliegende Sache gestaltet.

Wie bereits die vorige Instanz hervorgehoben hat, enthält die, von dem Kläger im Dresdner Anzeiger am 12. Januar 1894 veröffentlichte Anzeige nicht ein Anerbieten von Mäklerdiensten, sondern ein Ausgebot auszuleihenden Geldes.

Daß sie von einem Mäkler ausging, war aus ihr selbst nicht zu entnehmen, und wird auch dem Beklagten voraussichtlich erst bekannt geworden sein, als er auf sein Schreiben vom 13. die Antwort des Klägers vom 16. Januar 1894 empfing.

Aber auch in dieser Antwort erwähnt der Kläger nichts davon, daß er dem Beklagten Dienste zur Beschaffung eines Darlehns leisten wolle, sondern er theilt ihm nur mit, daß „die ausgebotenen Kapitalien durch ihn auszuleihen, und die Gesuche bei ihm einzureichen seien." Er tritt also ganz so auf, als wenn er im Besitze von Aufträgen zur Ausleihung größerer Geldbeträge sei.

Der Beklagte mußte daher bei seinem Besuche im Geschäftslokale des Klägers am 17. Januar 1894 annehmen, daß dieser nicht für Geldsucher die Erlangung, sondern für Kapitalisten die Unterbringung von Geldern auf Hypotheken zu

vermitteln beabsichtige, und für seine Mühewaltungen werde von diesen entschädigt werden, aber nicht mit einer Forderung deshalb an ihn herantreten.

Nun hat allerdings der Beklagte bei dieser Gelegenheit erfahren, daß der Kläger den von ihm gesuchten Geldbetrag noch gar nicht an der Hand hatte, sondern nur erwartete, ihn — nach der Darstellung des Beklagten von der Leipziger Creditanstalt — beschaffen zu können und es könnte sich fragen, ob der Beklagte sich nicht wenigstens nunmehr hätte sagen müssen, daß, wenn er den Kläger mit der Besorgung der gewünschten Hypothek betraute, er demselben für seine Thätigkeit werde eine Vergütung zu bezahlen haben.

Diese Frage war jedoch zu verneinen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie es nach den Angaben mehrerer Zeugen allerdings den Anschein gewinnt, in Dresden bereits seit langer Zeit der Gebrauch besteht, daß Hypothekenmäkler Geld zur Ausleihung auf Grundstücke in den Zeitungen ausbieten, auch ohne zunächst bestimmte Personen als Darlehnsgeber an der Hand zu haben, und erst dann, wenn sich ein Darlehnssucher meldet, wegen der Gewährung des verlangten Betrages eine Bank oder Kasse angehen. Es mag auch sein, daß in solchen Fällen der Mäkler für seine Thätigkeit regelmäßig von dem Darlehnsempfänger auch ohne besondere Vereinbarung eine Provision zu erhalten pflegt.

Aber jeden Falls findet Letzteres nicht ausnahmslos statt, und es läßt insbesondere die Darstellung des Zeugen W. ersehen, daß namentlich Mäkler, welche eine Bank ständig vertreten, in der Regel von dieser entlohnt werden, von dem Darlehnsempfänger aber eine Vergütung nicht beanspruchen.

Es ist deshalb daraus, daß der Beklagte zu der Zeit, als er dem Kläger Auftrag ertheilte, bereits wußte, daß dieser den erforderlichen Geldbetrag noch nicht zur Verfügung hatte, sondern erst beschaffen mußte, selbst wenn der Beklagte, — was er bestreitet — den behaupteten Gebrauch gekannt haben sollte, nicht ohne Weiteres zu schließen, daß er, entgegen seiner ursprünglichen Annahme, habe nunmehr davon ausgehen müssen, es werde von dem Kläger doch eine Mäklergebühr von ihm verlangt werden.

Der Beklagte konnte, zumal der Kläger bei dieser Besprechung mit einem hierauf gerichteten Begehren in keiner Weise hervorgetreten ist, sehr wohl noch der Meinung sein, der Kläger werde sich wegen einer etwaigen Vergütung für seine Mühewaltung an den betreffenden Darleiher halten. Und daß der Beklagte in der That von dieser Ansicht geleitet worden ist, ergiebt sich daraus, daß er, als der Kläger ihm am 31. Januar 1894 eröffnete, daß die Sächsische Rentenversicherungsanstalt sein Darlehnsgesuch genehmigt habe, und dabei von ihm eine Mäklergebühr von 500 ℳ forderte, auf dieses Verlangen nicht eingegangen ist, sondern eine Antwort ertheilt hat, welche auf eine Ablehnung desselben hinauslief.

Liegt aber somit auch ein nur stillschweigendes Versprechen einer Mäkler-

gebühr Seiten des Beklagten nicht vor, so ist auch der von dem Kläger erhobene Anspruch unbegründet.

II. Demselben steht jedoch auch noch ein anderer Umstand entgegen.

Der in der Praxis festgehaltene Grundsatz, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der vermittelnden Thätigkeit des Mäklers und dem späteren Zustandekommen des Vertrages, welcher das Ziel dieser Thätigkeit bildet, zu vermuthen sei,

zu vergl. Annalen des vormal. O.A.G., Bd. 7 S. 74, Bd. 8 S. 68; Zeitschrift f. R. u. V. Bd. 26 S. 130; Annalen des O.L.G. Bd. 11 S. 239 Bd. 9 S. 92 flg.,

ann jedenfalls dann nicht schlechthin zur Anwendung gebracht werden, wenn besondere Umstände die Annahme eines solchen Zusammenhangs im einzelnen Falle ausschließen.

Wengler's Archiv 1884, S. 344 flg.

Nun hat der Beklagte auf die Mittheilung des Klägers vom 31. Januar 1894, daß die Sächsische Rentenversicherungsanstalt das nachgesuchte Darlehn in Höhe von 135000 ℳ bewilligt habe, nach der eigenen Darstellung des Klägers sich zunächst die Erklärung über die Annahme des angebotenen Betrages vorbehalten, am 19. Februar 1894 unstreitig aber dem Kläger geschrieben, daß sich die sein Hausgrundstück betreffende Hypothekenangelegenheit erledigt habe, das erhaltene Annahmeformular zurückgesendet und um die Rückgabe der dem Kläger überreichten Grundstückspapiere gebeten und es ist diese auch am 15. März 1894 erfolgt.

Damit war nun zwar der dem Kläger von dem Beklagten ertheilte Auftrag nicht, wie die erste Instanz meint, in rechtswirksamer Weise zurückgenommen. Denn die im Briefe vom 19. Februar 1894 abgegebenen Erklärungen des Beklagten sind erst erfolgt, nachdem der Kläger die Thätigkeit, für die er jetzt eine Mäklergebühr fordert, bereits entwickelt hatte. Der Beklagte war daher für den Fall, daß das in Aussicht genommene Geschäft infolge dieser Thätigkeit noch zu Stande kam, an eine einmal übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung einer Mäklergebühr gebunden und konnte sich hiervon nicht mehr einseitig frei machen;

vergl. Annalen des O.L.G. 11. Bd. S. 244.

Wohl aber waren damit die Verhandlungen des Beklagten mit der Sächsischen Rentenversicherungsanstalt so vollständig abgebrochen, daß die spätere Darlehnsgewährung nicht mehr auf die Vermittlerthätigkeit des Klägers zurückgeführt werden kann. — Hierzu wird noch auf Grund der Beweisergebnisse bemerkt, daß die spätere Verwirklichung des Hypothekengeschäfts auf die Anregung des Directors der Rentenversicherungsanstalt zurückzuführen ist.

Betrug des Verkäufers begangen durch falsche Zusicherungen über den Umfang des verkauften Handelsgeschäfts; Rechte des Betrogenen auf Schadensersatz (§ 919 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 5. Mai 1897. O. IV. 49/96.

Der Sachstand ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen.

Die Beklagte hat zugestanden, mit der Klägerin einen Kauf über das der letzteren gehörige Flaschenbiergeschäft zu dem Preise von 3000 *M* abgeschlossen, bisher aber nur 2500 *M* gezahlt zu haben; sie bestreitet indessen ihre Verpflichtung zur Bezahlung des geforderten Restkaufpreises von 500 *M*, weil sie von der Klägerin durch falsche Vorspiegelungen über den Umfang und Ertrag des Geschäfts zu dem Abschlusse des Vertrags und zur Bewilligung eines Preises von 3000 *M* bewogen worden sei. Im Einzelnen macht sie hierzu geltend, der Ehemann und Bevollmächtigte der Klägerin habe ihrem Ehemanne und Vertreter gegenüber auf dessen Frage nach dem Ertrage des Geschäfts versichert, dasselbe sei ausgezeichnet, ernähre eine Familie sehr gut und bringe monatlich 150 *M* ein. Diese Zusicherung habe der Wahrheit nicht entsprochen; das Geschäft habe sich in ganz heruntergekommenem Zustande befunden und monatlich nicht einmal die Hälfte des in Aussicht gestellten Ertrages abgeworfen. Hiernach und in weiterer Berücksichtigung des Umstandes, daß das verkaufte Geschäftsinventar aus alten, geringwerthigen, theilweise defecten Gegenständen bestanden, Klägerin ihr auch einen Theil der dazu gehörenden Bierflaschen nicht übergeben habe, ergebe sich, daß das ganze ihr überlassene Geschäft nicht 3000 *M*, sondern höchstens 1600 *M* werth gewesen sei.

Die Art und Weise, wie Beklagte ihren Schadensersatzanspruch begründet hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Bei Veräußerung eines, einen Ertrag abwerfenden Gegenstandes, z. B. eines Grundstücks, eines Handelsgeschäfts, ist die Preisbildung vorwiegend durch die Angaben über die Erträgnisse des Kaufobjects beeinflußt; der Schaden, den der Käufer durch unrichtige Angaben des Verkäufers über den Ertrag erleidet, besteht darin, daß er einen Kaufpreis bewilligt hat, den er bei Kenntniß des wahren Sachverhalts nicht bewilligt haben würde; er verlangt dann mit Grund, daß der ihm entgangene Gewinn als ein den Werth des Kaufgegenstandes verringerndes Moment aufgefaßt, und daß der entsprechende Geldbetrag von der Gegenleistung gekürzt werde (vergl. Entscheidungen des R.G. in der Jurist. Wochenschrift 1896, S. 378). Daß die Beklagte im vorliegenden Falle ihrem Schaden auf diese Weise beizukommen sucht, kann schon um deswillen nicht als unzulässig angesehen werden, weil nach der Uebernahme eines im Betriebe befindlichen Detailgeschäfts eine völlige Vertragsauflösung und die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, wie sie bei der Vertragsanfechtung einzutreten hätten, mit solchen Schwierigkeiten verbunden sein würden, daß sie bei sinngemäßer Gesetzesauslegung der völligen thatsächlichen Unmöglichkeit gleichgestellt werden dürfen.

Uebrigens würde auch eine Anwendung des für die Minderungsklage aufgestellten Principes der Minderung der Gegenleistung (§ 919 des B.G.B.'s) in einem derartigen Falle nicht ausgeschlossen sein und, den Beweis der Einredethatsachen vorausgesetzt, ebenfalls zu einem der Beklagten günstigen Ergebnisse führen.

Es folgen Beweiswürdigungen, in denen ausgeführt wird, daß die Einbuße, die die Beklagte in der Zeit des Betriebes des Geschäfts bei Vergleichung des wirklich erzielten Reingewinnes mit der Gesammtsumme des ihr fälschlich zugesicherten Gewinns erlitten hat, sowie ferner der Gesammtminderwerth des ihr verkauften Geschäfts mindestens auf 500 *M* zu veranschlagen ist. Die Klage wurde daher abgewiesen.

Haftbarkeit wegen Uebertragung der Blatternkrankheit. Wer, behaftet mit dieser Krankheit, die Eisenbahn benützt und hierbei einen Mitreisenden ansteckt, haftet diesem wegen des durch Uebertragung der Krankheit zugefügten Schadens. Welches Recht ist für die Schadensersatzpflicht maßgebend?

Urtheil des O.L.G.'s Karlsruhe, I. Civ.-Sen. vom 25. April 1894.

Im März 1892 hielt sich der Beklagte (Badener), welcher auf einer Reise nach Konstantinopel begriffen war, mehrere Tage in Bukarest auf und wurde dort von einem Unwohlsein befallen, namentlich bemerkte er einen Ausschlag im Gesicht. Er konsultirte deßhalb in Bukarest zweimal den prakt. Arzt Dr. D., welcher aber nur ein leichtes Fieber an ihm konstatirte, welches nach Angabe des genannten Arztes nicht auf eine Erkrankung an Blattern prognosticiren ließ. Da aber der Beklagte zugestandenermaßen wußte, daß er mit dem genannten Ausschlag im Gesicht im Orient keine Geschäfte machen könne, so kehrte er direkt über Wien und München nach seinem Wohnsitz Pforzheim zurück. Seine Abreise von Bukarest erfolgte am 23. März 1892, der Zug (es war der Wien-Pariser Schnellzug) passirte am 25. März Morgens 7 Uhr München und kam Nachmittags gegen halb 3 Uhr in Pforzheim an. Bei seiner Ankunft waren die Blattern vollständig bei ihm ausgebrochen.

Der Kläger behauptet, er sei am 25. März 1892 Morgens 7 Uhr in München in das vom Beklagten benützte Eisenbahncoupee eingestiegen, um nach Augsburg zu reisen; der Beklagte sei erst, nachdem Kläger bereits in diesem Coupee Platz genommen, unmittelbar vor Abgang des Zugs, in dasselbe, worin sich außer den Beiden nur noch ein Passagier befunden habe, eingestiegen; Kläger habe sofort den Ausschlag im Gesicht des Beklagten bemerkt und einen Schauder oder Ekel empfunden, habe aber, da sich der Zug sofort, nachdem Beklagter eingestiegen in Bewegung gesetzt, das Coupee vor seiner Ankunft in Augsburg nicht mehr verlassen können. Während seines Zusammenseins mit dem Beklagten auf der Strecke

München-Augsburg sei er von diesem mit der Blatternkrankheit angesteckt worden. Daß der Kläger in der Folge an den Blattern erkrankte, ist unbestritten.

Wegen dieser vom Beklagten schuldhafter Weise verursachten Erkrankung verlangte er 1000 *M* Schadensersatz. Durch Vorabentscheidung i. S. des § 276 P.O. erklärte das L.G. den Anspruch des Klägers als dem Grunde nach festgestellt. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen.

Daß der Beklagte am 25. März 1892 Nachmittags mit den Blattern behaftet in Pforzheim ankam, wird von ihm nicht beabredet und steht zudem durch die Aussage des Zeugen Md. fest. Durch das Gutachten des Sachverständigen Rehm, steht ferner fest, daß am Morgen des 26. März 1892, als Rehm den Beklagten erstmals besuchte, der Blatternausschlag bei diesem „in voller Blüthe" stand, d. h. daß er im Gesicht und am ganzen Körper mit eiterigen Blatternpusteln bedeckt war. Der Sachverständige bestätigt weiter, daß der Beklagte schon während seiner Eisenbahnfahrt am 25. März 1892 die Blattern in hoch ausgebildetem Zustande hatte, daß er sich in Folge dessen sehr krank fühlen mußte, und daß Mitreisende durch diesen Krankheitszustand des Beklagten einer hohen Gefährdung ihrer Gesundheit ausgesetzt wurden.

Das Gericht nimmt darum als bewiesen an, daß die Erkrankung des Beklagten, wie sie am Abend des 25. März durch Dr. Mar. und am folgenden Morgen durch den genannten Sachverständigen festgestellt wurde, in wesentlich gleichem Grade und Umfang bereits am Morgen des 25. März 1892 bei der Ankunft des Beklagten in München, woselbst der Zug hielt, vorhanden war; daß also damals äußere und innere, dem Beklagten durch das Gefühl und theilweise — z. B. hinsichtlich der auf den Händen und Armen aufgetretenen Pusteln — auch ohne Spiegel durch das Gesicht wahrnehmbare und jedenfalls von ihm empfundene Symptome bestanden, aus denen der Beklagte, namentlich auch mit Rücksicht auf die Krankheitsgeschichte, auf die Möglichkeit, daß er mit einer kontagiösen Krankheit, speciell mit den Blattern, behaftet sei, schließen mußte.

Die Erkrankung des Beklagten trat nicht plötzlich ein; es ergiebt sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen und den Angaben des Zeugen Dr. Gl., daß gerade dem vollen Ausbruch der Blatternkrankheit in der Regel eine s. g. Incubationsperiode, verbunden mit Krankheitserscheinungen, namentlich Fieber, vorangeht.

Nun wurde der Beklagte bereits in Bukarest von einem Ausschlag im Gesicht befallen, der ihn veranlaßte, seine projektirte Reise nach Konstantinopel aufzugeben. Der prakt. Arzt D. in Bukarest konstatirte bei zwei Besuchen, deren Tage nicht feststehen, (im Ganzen hielt sich Beklagter 6 Tage in Bukarest auf) leichtes Fieber. Am 23. März 1892 fühlte sich der Beklagte nach Angabe des Zeugen Rad. „ziemlich" unwohl. Das Unwohlsein steigerte sich während der

Reise von Bukarest nach München bis zum vollen Ausbruch der Blattern. Dieses letztere Ereigniß kam also für den Beklagten keineswegs überraschend, es war nur das Resultat einer steigenden Verschärfung des schon in Bukarest bestandenen Unwohlseins; es hatte sich der anfängliche, mit Fieber verbundene Ausschlag bei der Ankunft in München bis zum Ausbruch der Blattern gesteigert. Diese, vom Beklagten jedenfalls empfundene Steigerung des Unwohlseins und Ausschlags in Verbindung mit dem jedenfalls schon bei der Ankunft in München vorhandenen Gefühl „sehr krank" zu sein, mußte bei dem, den gebildeten Ständen angehörenden Beklagten die Vermuthung erwecken, daß dieser Ausschlag doch nicht „eine harmlose Kinderkrankheit" sei (wofür ihn der Beklagte anfänglich gehalten haben will), sondern daß derselbe einen kontagiösen Charakter haben, daß er ein Blatternausschlag sein könne. In welch' heftiger Weise die Krankheit bei dem Beklagten schon vor der Ankunft in München ausgebrochen war, ergiebt sich daraus, daß, wie nach den Ermittelungen der kgl. Polizeidirektion München nicht zu bezweifeln, bereits auf der Strecke Wien—Linz die Uebertragung der Blatternkrankheit vom Beklagten auf den im gleichen Coupee mitreisenden E. M. erfolgte.

Das Gericht nimmt darum als bewiesen an, daß der Beklagte jedenfalls bei seiner Ankunft in München am Morgen des 25. März 1892 sich der Möglichkeit bewußt war, mit einem ansteckenden Ausschlag, speziell den Blattern, behaftet zu sein. Ob er dieses Bewußtsein bereits in Bukarest hatte, kann füglich dahin gestellt bleiben, denn gegebenenfalls handelt es sich nicht um die Frage, ob schon in der Abreise von Bukarest, sondern nur darum, ob in der Weiterreise von München in einem dem reisenden Publikum zugänglichen Eisenbahncoupee ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten liegt. Diese Frage bejaht sich aber mit der oben beantworteten Vorfrage, daß der Beklagte jedenfalls bei seiner Ankunft in München daß Bewußtsein von der Möglichkeit hatte, das er mit einem kontagiösen Ausschlag, speziell den Blattern behaftet sei.

Hatte er dieses Bewußtsein, dann mußte der Beklagte bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit und Vorsicht auch die Möglichkeit voraussehen, daß er durch Benützung eines auch dem übrigen reisenden Publikum zur Verfügung stehenden Eisenbahncoupees die darin Mitreisenden der Gefahr aussetze, von ihm angesteckt und dadurch an Gesundheit und Vermögen beschädigt zu werden.

In dem Benützen eines derartigen Coupees mit dem Bewußtsein, daß dadurch die Mitreisenden an ihrer Gesundheit und ihrem Vermögen gefärdet werden können, läge somit eine Fahrlässigkeit des Beklagten und dieser Fahrlässigkeit machte er sich dadurch schuldig, daß er von München ab ein solches Coupee benützte.

Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob der Arzt D. dem Beklagten die Heimreise nach Pforzheim erlaubte, denn jedenfalls wußte der Beklagte bei seiner Ankunft in München, daß von da an seine Anwesenheit in einem Eisenbahncoupee den Mitreisenden gefährlich sein könne.

Es handelt sich somit nur noch um die Frage, ob es nachgewiesen ist, daß

der Kläger von München aus im gleichen Coupee, wie der Beklagte, nach Augsburg gefahren ist und hierbei von demselben mit der Blatternkrankheit angesteckt wurde. Beide Fragen sind auf Grund des vorliegenden Beweismaterials zu bejahen. (Folgt nunmehr die Beweiswürdigung).

Da es sich gegebenenfalls um eine Schadensersatzklage aus einer außerhalb Badens begangenen unrechten That handelt, so könnte sich die Frage erheben, ob die Folgen der That nach dem am Begehungsorte (Bayern) oder nach dem am Wohnsitz des Schuldners (Pforzheim) geltenden Recht zu beurtheilen sind.

Diese Frage ist aber um deßwillen gegenstandslos, weil die an beiden Orten geltenden Gesetzgebungen hinsichtlich der Folgen unrechter Handlungen außerhalb von Vertragsverhältnissen (s. g. aquilische culpa) die gleichen Normen aufstellen.

Auch nach dem am Deliktsort geltenden Codex Maximilianeus Bavaricus vom Jahre 1756 Theil 4 Kapitel 16 P. 7 Ziffer 6 hat die actio legis aquiliae

„nicht nur um der dolo vel culpa lata, sondern auch levi vel levissima entweder committendo vel omittendo verursachten Schaden"

statt.

Dieser Grundsatz entspricht somit vollständig dem Prinzip des L.R.S. 1883. Uebrigens stellt der § 13b des 6. Bad. Constitutions-Edikts den Grundsatz auf, daß der Inländer bezüglich der Folgen einer im Ausland begangenen unrechten That nach den inländischen Gesetzen zu beurtheilen sei.*)

Falsche Fütterung von Pferden als Grund der Verwirkung eines Viehversicherungsvertrages.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 31. Januar 1895. (O. I. 159/94)

Der Kläger hatte bei der Beklagten — einer Viehversicherungsbank — für die Zeit bis zum 31. August 1894 zwei Pferde für je 800 M versichert und fordert mit der Klage 564 M sammt Zinsen zu 5% von der Klagzustellung ab gerechnet, als die vertragsmäßige Entschädigung für das eine dieser Pferde, welches am 14. Oktober 1893 umgestanden ist.

Die Beklagte hat unter dem Antrage auf Klagabweisung ihre Verpflichtung zur Zahlung der geforderten Entschädigung bestritten, weil der Tod des Thieres in Folge einer groben Vernachlässigung in dessen Wartung und eines gleichzeitigen Verstoßes gegen die Vertragspflicht des Klägers, es nur mit Hafer, Heu und Häcksel zu füttern, eingetreten sei.

Vom Landgericht ist die Klage nach Beweiserhebung abgewiesen worden.

Die dagegen vom Kläger eingewendete Berufung wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Aus der Antwort des Klägers auf die Frage unter 2 im Versicherungs-

*) (Aus den Annalen der Großherzogl. Badischen Gerichte 1896, S. 197 flg.)

antrag kann dessen Verpflichtung, die versicherten Pferde ausschließlich mit Hafer, Heu und Häcksel zu füttern, nicht gefolgert werden. Die Frage ist darauf gerichtet, welches Futter die zur Versicherung beantragten Pferde in der Regel erhalten. Ihre Beantwortung soll die Beklagte in den Stand setzen, sich über die Ernährung der Thiere zur Zeit des Versicherungsantrages ein Urtheil zu bilden, deren Kenntniß für ihre Entschließung auf den Antrag von naheliegendem Interesse war. Dafür, daß diese Ernährungsweise auch während der Versicherungszeit beibehalten werden würde, bot ihr die ertheilte Antwort nach der lediglich auf die Gegenwart lautenden Fragstellung keine Gewähr. Eine Erklärung hierüber ist dem Kläger nicht abverlangt und von ihm nicht gegeben worden und wäre es der Fall, so würde sie nicht im Sinne eines absoluten Ausschlusses jedes anderen Futtermittels, sondern nach dem Wortlaut der Frage nur dahin verstanden werden können, daß die Pferde in der Regel das angegebene Futter erhalten sollten. Zudem würde, selbst wenn die von Beklagten behauptete Vertragspflicht bestünde, ihre Verletzung nicht den Klagabweisungsantrag rechtferigen, da die Beklagte auf eine an dieselbe geknüpfte Rechtsverwirkung sich nicht hat beziehen können.

Die gerügte Fütterung des Thieres mit Weizen gewinnt aber dadurch für die Rechtsverhältnisse der Parteien Bedeutung, daß sie für dessen Tod ursächlich gewesen ist.

Es wird sodann als erwiesen angenommen, daß der Knecht des Klägers den beiden, sonst nur mit Kleie und Hafer gefütterten Pferden am Tage vor der Erkrankung eine Viertelmetze Weizen als Futter vorgeschüttet hat, sowie weiter ausgeführt, daß nach dem Gutachten des Sachverständigen Thierarzts Dr. N. mit Ausnahme des Hafers alle Körnerfrüchte für Pferde gefährlich seien, weil sie bei dem Hinzutritt von Wasser sehr leicht aufzuquellen und Kolik zu erzeugen pflegten und daß dies insbesondere vom Weizen gelte, weshalb nach dem Sectionsberichte die Fütterung mit Weizen als Todesursache anzunehmen sei.

Die Gründe fahren hierauf fort:

Bei der Gefahr, die nach dem Gutachten des Sachverständigen damit verbunden ist, wenn Pferden Weizen in mehr, als ganz kleinen, anderem Futter beigemischten Mengen verabreicht wird, und die sich noch steigert, wenn dieselben, wie es hier der Fall war, sonst ausschließlich mit anderem Futter ernährt werden, muß in der Verabreichung der dem gefallenen Thiere zur Todesursache gewordenen Menge Weizens eine grobe Vernachlässigung in der Wartung desselben gefunden werden. Die Wartung eines Thieres ist der allgemeine Begriff für alle ihm nöthige Pflege und schließt daher auch seine Versorgung mit Futter in sich. Dieselbe darf nur in der ihm zuträglichen Weise erfolgen und wird vernachlässigt, wenn sie die gebotene Rücksicht auf eine sachgemäße Ernährung außer Acht läßt und in grober Weise vernachlässigt, wenn dabei gegen wichtige Erfahrungssätze verstoßen und dadurch die Gesundheit des Thieres in ernste Gefahr gebracht wird. Diese letztere Möglichkeit lag im gegebenen Fall keineswegs so fern, daß sie selbst

von einem ordentlichen und aufmerksamen Hausvater nicht hätte berücksichtigt werden müssen. Der Sachverständige bezeichnet die Gefährlichkeit der Weizenfütterung für Pferde als den Pferdebesitzern in Sachsen allgemein bekannt und die gleiche Kenntniß muß, da sie auf allgemein gültigen Erfahrungen beruht, unbedenklich auch bei denjenigen vorausgesetzt werden, welche in der vom Kläger bewohnten Gegend — in Bayern — sich berufsmäßig mit der Wartung und Pflege von Pferden beschäftigen. Eine Unkenntniß in dieser Hinsicht schützt sie nicht. Denn es ist ihre Pflicht, sich über dasjenige zu unterrichten, was sie zu einer sachgemäßen Wartung der Thiere wissen müssen und es liegt im Rahmen der Sorgfalt selbst eines minder ordentlichen und aufmerksamen Menschen, daß sie dies thun und sich nicht leichtsinnig über das danach Gebotene hinwegsetzen.

Nun hat nicht der Kläger persönlich, sondern dessen Knecht den Weizen vorgeschüttet und da setzt die Vertheidigung des Klägers ein, der die Ansicht vertritt, daß er für Handlungen Dritter nicht unbedingt, sondern nur insoweit zu haften habe, als ihm dabei eine Verschuldung, sei es in der Auswahl einer für die Wartung der Pferde ungeeigneten Person, sei es in einer sachwidrigen Anweisung oder in einer ungenügenden Beaufsichtigung derselben zur Last fällt. Die Bestimmung in § 31 des für den Versicherungsvertrag maßgebenden Statuts der Beklagten*) muß jedoch dahin aufgefaßt werden, daß schon der objektive Thatbestand, daß der Tod des versicherten Thieres durch grobe Vernachlässigung in dessen Wartung herbeigeführt worden ist, die Entschädigungspflicht der Beklagten aufhebt ohne Rücksicht darauf, ob er vom Versicherten oder von einer dritten Person verschuldet worden ist. Danach soll es eben keinen Unterschied machen, ob der Versicherte oder eine andere Person die hervorgehobenen Handlungen begangen hat. Der objektive Thatbestand allein bildet den Befreiungsgrund.

Die civilrechtlichen Grundsätze über die Haftung für das Verschulden Dritter leiden auf den vorliegenden Fall keine Anwendung. Nur dem Kläger, nicht aber der Beklagten konnte der Knecht aus seiner Handlungsweise verpflichtet werden, denn nur jenen schädigte er und nur zu ihm stand er im Vertragsrechte. Nicht also um ein Eintreten für eine Verpflichtung dieses Knechts, sondern darum handelt es sich, ob im Vertragsverhältniß der Parteien zu einander die Handlung des letzteren Einfluß gewinnen und insbesondere die darauf aufgebaute Rechtsverwirkung begründen kann. Das aber beantwortet sich ausschließlich nach dem Inhalte des Vertragsrechts selbst und ist nicht bloß nach dem besprochenen Wortlaute, sondern auch nach dem Zweck der angezogenen Statutenbestimmung zu bejahen, der die Haftung der Beklagten auf die Fälle beschränken will, in denen auch bei dem Vorliegen normaler Verhältnisse, bei einer sachgemäßen Behandlung des Thieres in

*) § 31 des Statuts lautet in seinem hier in Frage kommenden Theile: Entschädigung wird nicht gewährt, wenn der Tod herbeigeführt wird durch grobe Vernachlässigung in der Wartung seitens des Versicherten.

Wartung, ärztlicher Pflege und Gebrauch und bei genügender Beaufsichtigung desselben die tödtliche Erkrankung sich nicht hat vermeiden lassen. Ohne diese Beschränkung würde eine sichere Veranschlagung der mit der Versicherung übernommenen Gefahr, wie sie die nothwendige Grundlage jedes Versicherungsgeschäftes bilden muß, nicht möglich sein. Diese Grundlage läßt sich nur bei einer genauen Umgrenzung der Haftpflicht gewinnen und ist hier in der Weise gefunden worden, daß als die Voraussetzung ihres Eintritts gewisse normale Verhältnisse in den hervorgehobenen Richtungen angenommen worden sind, deren Fehlen sie ausschließt.

Reportgeschäfte, Eintritt des Commissionärs als Selbstcontrahent, Selbsthilfeverkauf im Falle eines Fixgeschäfts nach englischem Rechte. Unterschied des Speculationsgeschäfts vom Differenzgeschäft. Berichtigung des erstinstanzlichen Urtheils, in dessen entscheidenden Theile über den Kostenpunkt nicht erkannt ist (§ 270 der C.P.O.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. März 1897. O. N. 31/95.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den folgenden Entscheidungsgründen des Berufungsurtheils, durch das die in erster Instanz erfolgte Verurtheilung des Beklagten bestätigt wurde.

Der Beklagte hat nach seinen Zugeständnissen mit dem Kläger, einem Makler an der Londoner Fondsbörse (Stock Exchange) seit der Mitte der 1880er Jahre in der Weise in Geschäftsverbindung gestanden, daß er durch ihn Aktien der Hudsonbay-Compagnie gekauft und verkauft hat und daß in der Zwischenzeit zwischen dem Ankaufe und dem Weiterverkaufe dieser Aktien der Kläger dem Beklagten deren Kaufpreis stets ohne besonderen Auftrag prolongirt hat. Die Prolongation ist — wie aus den vom Beklagten in großer Anzahl beigebrachten Abrechnungen und den entsprechenden Prolongationscontracten und Zuschriften des Klägers hervorgeht — in der Weise erfolgt, daß an den halbmonatlichen Liquidationstagen der Londoner Börse der Kläger die Aktien für den Beklagten zum jedesmaligen Liquidationskurse verkauft und sie für ihn gleichzeitig für den Liquidationstag zu dem Kurse, der sich alsdann herausstellen werde, zurückgekauft habe.

Diese Prolongationsgeschäfte stellen sich hiernach als sog. Reportgeschäfte dar.

zu vergl. Grünhut in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 3 S. 28 flg.; Saling's Börsenpapiere I. Theil, Ausgabe 1892 S. 142 flg.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 19 S. 149 flg. und Bd. 28 S. 26 flg.

Dies ist auch durch das vom Kläger in seinen Abrechnungen wiederholt gebrauchte Wort „cont." oder „contango", welches

zu vergl. Saling's Börsenpapiere a. a. O. S. 67 und Alexander, Reportgeschäft und Prolongation S. 9.

gleichbedeutend ist mit „Report" zum Ausdruck gebracht worden.

Bei einer derartigen fortgesetzten Reportirung sind die einzelnen lediglich in einem wirthschaftlichen Zusammenhange stehenden Prolongationsgeschäfte rechtlich als durchaus für sich bestehende Geschäfte, nicht als untrennbare Theile eines einzigen Vertragsverhältnisses zu behandeln,

zu vergl. Grünhut a. a. O. S. 32; Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts Bd. 19 S. 308 flg.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 36 S. 64

so daß das Forderungsverhältniß zwischen den Parteien sich nach dem Ergebnisse des letzten zwischen ihnen abgeschlossenen Reportgeschäfts richtet.

Bei Prüfung der ziffermäßigen Berechnung des vom Kläger erhobenen Anspruchs, welchen dieser darauf stützt, daß er an dem auf den 13. November 1893 fallenden Liquidationstage das Engagement mit dem Beklagten gelöst und die den Gegenstand ihres letzten Reportgeschäfts bildenden dem Beklagten bis zu diesem Tage verlängerten 50 Hudsonbay-Aktien, die der Beklagte ihm damals nicht abnahm, an der Londoner Börse zum damaligen Liquidationskurse von 13¹/₄ verkauft hat, woraus sich für ihn ein Guthaben von 36 £ 6 sh 1 p. an den Beklagten ergebe, ist daher auf die früheren Reportgeschäfte der Parteien nur so weit zurückzugehen, als dies zur Begründung dieses Guthabens erforderlich ist.

Der Selbsthilfeverkauf der Aktien durch den Kläger erfolgte, wie aus der vom Beklagten selbst beigebrachten Verkaufsrechnung hervorgeht und von ihm nicht bestritten worden ist, zum Kurse von 14¹/₄ und ergab nach Abzug des Stempels und einer Mäklergebühr (brokerage) von ¹/₈ % einen Reinerlös von 658 £ 14. — Dieser Reinerlös ist nach der vom Beklagten ebenfalls beigebrachten Abrechnung (account) des Klägers vom 13. November 1893 dem Ersteren gutgeschrieben, dagegen ist dieser mit dem Betrage von 687 £ 10. —, zu welchem Preise nach seinem Zugeständnisse für ihn die Aktien am 25. October vom Kläger auf den 13. November 1893 gekauft worden waren, sowie weiter mit der von ihm ihrer Angemessenheit nach nicht bestrittenen Beträgen an 3 £ 15. — Reportgebühr (contangs), 1 sh Stempel und 1 sh 6 p Portoverlägen belastet worden. Außerdem ist ihm auf Grund des am 11. October 1893 abgeschlossenen Reportgeschäfts noch ein Debetsaldo von 3 £ 12 sh 7 p, welcher sich bei der Liquidation am 25. October 1893 für ihn herausgestellt hatte, zur Last geschrieben worden, dessen ziffermäßige Begründung sich aus den vom Kläger beigebrachten, vom Beklagten nicht bestrittenen Unterlagen der Abrechnung vom 27. October 1893 ergiebt. Ein Zurückgreifen auf die Abrechnungen über die früheren Reportgeschäfte erledigt sich dadurch, daß die Abrechnung vom 27. October 1893 mit einem Creditsaldo von 6 £ 8 sh 5 p zu Gunsten des Beklagten einsetzt. Der Beklagte hat nicht behauptet, daß ihm damals auf Grund der früheren Reportgeschäfte ein höheres Guthaben an den Kläger zugestanden habe, er nimmt vielmehr auf diesen Saldo von 6 £ 8 sh 5 p in seinem Briefe vom 20. November 1893 selbst Bezug. Die Abwickelung des letzten Reportgeschäfts vom 25. October 1893 durch den am

13. November 1893 vom Kläger vorgenommenen Selbsthilfeverkauf würde mithin allerdings für den Letzteren ein Gutachten von 36 £ 6 sh 1 p an den Beklagten ergeben haben.

Die Begründung des Klaganspruchs hängt hiernach von der Entscheidung darüber ab,

1. ob der Kläger ermächtigt war, die Reportgeschäfte vom 11. und 25. October 1893 für den Beklagten abzuschließen und

2. ob er berechtigt war, am 13. November 1893 ohne Abschluß eines weiteren Reportgeschäfts 50 Hudsonbay-Aktien für Rechnung des Beklagten zum Liquidationskurse zu verkaufen.

Daß der Kläger, welcher für den Beklagten zunächst als Commissionär thätig gewesen ist, einen dritten Contrahenten dem Beklagten aber nicht namhaft gemacht hat, diesem gegenüber aus den für ihn abgeschlossenen Geschäften als Selbstkontrahent aufzutreten berechtigt ist, wie er es mit der vorliegenden Klage gethan hat, geht aus dem in erster Instanz vom Kläger in beglaubigter Form beigebrachten Gutachten des Solicitors beim obersten Gerichtshofe in England Stephen Nelson Braithwaite, Anwalts der Londoner Fondsbörse, hervor. Denn hiernach ist nach den bei dieser Börse bestehenden Vorschriften und Regulativen der Makler berechtigt, aus den für seinen Kunden abgeschlossenen Geschäften diesem gegenüber als Selbstcontrahent aufzutreten. Auch nach Art. 376 des deutschen Handelsgesetzbuchs würde der Kläger berechtigt gewesen sein, vom Beklagten die Erfüllung der Geschäfte, zu deren Abschluß der Beklagte ihn beauftragt hatte, als Selbstcontrahent zu fordern. Die Erklärung des Klägers aber, als Selbstcontrahent einzutreten, lag nicht blos in der Form der von ihm dem Beklagten zugesendeten Prolongationscontracte und Abrechnungen, sondern namentlich auch in seinem Briefe vom 3. November 1893, worin er dem Beklagten den Selbstshilfeverkauf androhte.

Die Ermächtigung des Klägers, die beiden Reportgeschäfte vom 11. und 25. October 1893 für den Beklagten abzuschließen, kann nach den Zugeständnissen des Letzteren und der anerkannten Correspondenz der Parteien nicht in Zweifel gezogen werden. — — Es wurde hierbei darauf Gewicht gelegt, daß der Kläger dem Beklagten Jahre lang ohne dessen besonderen Auftrag die für ihn eingekauften Hudsonbay-Aktien in der Form von Reportgeschäften, die von einem Liquidationstage der Londoner Börse bis zum nächsten Liquidationstage zum jedesmaligen Liquidationskurse abgeschlossen wurden, prolongirt hatte, daß der Beklagte niemals gegen den Abschluß dieser Reportgeschäfte für seine Rechnung und gegen die ihm vom Kläger darüber zugesendeten Rechnungen Widerspruch erhoben, auch bereits bei Ertheilung des Auftrages zum Ankaufe der streitigen Aktien sich vergewissert hatte, deren Abnahme könne eventuell prolongirt werden.

Die Gründe fahren dann fort:

Die weitere Frage, ob der Kläger berechtigt gewesen sei, das Engagement

mit dem Beklagten durch den am 13. November 1893 von ihm vorgenommenen Selbsthilfeverkauf zu lösen, ist ebenfalls zu Gunsten des Klägers zu beantworten.

Nach dem oben erwähnten Gutachten des Soliciten Braithwaite sind Geschäfte der vorliegenden Art gemäß den bei der Londoner Fondsbörse bestehenden Vorschriften und Regulativen als Fixgeschäfte im Sinne von Art. 357 des deutschen Handelsgesetzbuchs anzusehen, wie dies auch in Deutschland bezüglich der an den Börsen abgeschlossenen Zeitgeschäfte über Effekten üblich ist.

zu vergl. § 16 der Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse und § 15 der Usancen der Frankfurter Börse, abgedruckt in Saling's Börsenpapieren, Ausgabe 1892 S. 447 und S. 461.

Nach demselben Gutachten Braithwaite's ist der Makler an den Londoner Fondsbörsen regulativmäßig berechtigt, wenn sein Auftraggeber nicht vor dem ersten Tage der drei Tage andauernden halbmonatlichen Liquidation (den carrying over day) Vorkehrungen getroffen hat, um die für ihn gekauften Effekten abzurechnen, dieselben am ersten Tage der Liquidation für den dritten Tag (den account day) für Rechnung des Kunden zu verkaufen, ebenso wie er berechtigt ist, ein Conto abzuschließen, wenn nach gehörig ergangener Aufforderung der Kunde es unterläßt, irgend welche auf vorhergehende Rechnung fällige Summe zu bezahlen.

Dem Beklagten ist nun zwar darin beizupflichten, daß er im vorliegenden Falle nach dem vom Kläger bis dahin ihm gegenüber eingehaltenen Verfahren an sich erwarten konnte, dieser werde das zwischen ihnen bestehende Engagement auch an dem auf den 13. November 1893 fallenden carrying over day durch Abschluß eines weiteren Reportgeschäfts in der bisherigen Weise prolongiren. Diese Sachlage wird aber dadurch verändert, daß der Beklagte die Leistung des ihm durch den Beweisbeschluß vom 29. Januar 1897 auferlegten Eides verweigert hat. Denn hiernach steht fest, daß er den in gleichlautender Abschrift beigelegten Brief des Klägers vom 3. November 1893 erhalten hat, worin ihn dieser auffordert, da seine Deckung erschöpft sei, ihm ein weiteres Depot von 75 Pfund Sterling bis zum 13. November 1893 zu senden, widrigenfalls er gezwungen sei, seine bisher prolongirten 50 Aktien zu verkaufen. Zu dieser Androhung war der Kläger nicht blos nach den vorerwähnten Bestimmungen der Londoner Fondsbörse, sondern auch deshalb berechtigt, weil er überhaupt nicht gezwungen werden konnte, ein weiteres Reportgeschäft mit dem Beklagten oder für dessen Rechnung abzuschließen. Da der Beklagte es unterlassen hat, die verlangte Deckung zu senden oder die Aktien durch Zahlung des am Fälligkeitstage bestehenden Liquidationskurses abzunehmen, so stellt sich der vom Kläger vorgenommene Selbsthilfeverkauf dieser Aktien als gerechtfertigt dar.

Der vom Beklagten in seinem Briefe vom 20. November 1893 dem Kläger vorgehaltene Einwand, daß dieser ihm ja den sich aus der Abrechnung vom 11. October 1893 zu seinem Gunsten ergebenden Saldo von 6 £ 8 sh 1 p auch nich

remittirt habe, ist ohne Belang. Denn der Beklagte hat nicht behauptet, daß er die Zusendung dieses Guthabens vom Kläger verlangt habe und dieser durfte daher mit Recht davon ausgehen, daß der Beklagte — wie dies nach den früheren vom Beklagten selbst beigebrachten Abrechnungen der Fall gewesen war — dieses Guthaben bei ihm stehen lassen wolle. Ueberdies war das Guthaben so geringfügig, daß damit das Risico, welches der Kläger bei einem etwaigen Fallen des Kurses der Aktien lief, wie der Erfolg gezeigt hat, keineswegs gedeckt wurde und daß es daher nicht auffällig gewesen wäre, wenn dieser schon damals eine höhere Deckung gefordert hätte. In jedem Falle würde daraus, daß der Beklagte dem Kläger früher einmal einen Credit gewährt hat, nicht folgen, der Kläger sei verpflichtet gewesen, ihm später ebenfalls einen Credit — und noch dazu einen solchen, von viel höherem Betrage — einzuräumen.

Da somit der Klaganspruch begründet ist, so erübrigt es nur noch, die Einrede des Beklagten zu erörtern, daß die der Klage zu Grunde liegenden Geschäfte blose rechtlich ungiltige Spielgeschäfte seien.

Aus der Art und Weise, wie der Beklagte diese Einrede zu begründen versucht, geht hervor, daß er den Begriff der Zeitgeschäfte vollständig verkennt und jedes zu Speculationszwecken abgeschlossene Spielgeschäft über Effecten für ein Spielgeschäft hält. Aus dem Umstande allein aber, daß die börsenmäßigen Zeitgeschäfte in Effekten vielfach — oder auch meistentheils — durch Zahlung der am Stichtage sich herausstellenden Differenzen abgewickelt werden, läßt sich deren Charakter als bloser Spielgeschäfte keineswegs folgern. Dies gilt insbesondere auch von Reportgeschäften.

zu vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 28 S. 25 flg.

Ebensowenig wird ein Speculationsgeschäft dadurch zu einem ungiltigen Spielgeschäfte, daß es sich dabei um Effekten handelt, welche — wie der Beklagte von den Hudsonbay-Aktien behauptet, der Kläger aber bestreitet — wegen ihrer häufigen Kursschwankungen sich vorzugsweise zu Speculationszwecken eignen und daß der Kaufpreis nach dem Kurse vereinbart wird, der am künftigen Fälligkeitstage sich herausstellen werde. Der Speculationskauf mag seiner wirthschaftlichen Bedeutung nach oft dem blosen Differenzspiele gleichwerthig sein, in rechtlicher Beziehung unterscheidet er sich von einem solchen deutlich dadurch, daß er den Contrahenten das Recht giebt, effektive Lieferung bezw. Abnahme der Waare und Bezahlung des vollen vereinbarten Kaufpreises — nicht einer blosen Differenz — zu fordern.

Die für die Einrede des Spielgeschäfts allein erhebliche Behauptung des Beklagten, daß er mit B., dem Kommis des Klägers, im März 1893 bei Ertheilung des erstmaligen Auftrages zum Ankaufe der 100 Hudsonbay-Aktien, von denen die jetzt in Frage stehenden Aktien einen Theil bilden, vereinbart habe, die effektive Lieferung und Abnahme der Aktien soll ausgeschlossen sein und nur die

am Stichtage sich ergebende Differenz soll zur Berechnung kommen, ist durch die Aussage des von ihm dafür als Zeugen benannten L. widerlegt worden.

Wenn der Beklagte seine Einrede des Spielgeschäfts weiter darauf stützen zu können vermeint, daß der Kläger die für ihn gekauften Aktien niemals effektiv bezogen und für ihn ins Depot genommen hat, daß sie auch nicht auf des Klägers oder des Beklagten Namen umgeschrieben worden sind, während doch derartige Namensaktien nach englischem Recht erst durch Umschreibung in das Eigenthum des Käufers übergingen, so übersieht er, daß ein Kauf auch über Sachen, die blos der Gattung nach bestimmt sind, und über Sachen, die sich beim Vertragsschlusse nicht im Eigenthum des Verkäufers befinden, rechtsgültig abgeschlossen werden kann und daß zwar die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer ein wesentliches Erforderniß des Kaufvertrags bildet, daß aber durch eine nachträgliche nach Ablauf des Lieferungstermins getroffene Vereinbarung der Kontrahenten dahin, daß zwischen ihnen durch den Kauf begründete Forderungsverhältniß solle im Wege der Zahlung einer Differenz seiten des einen oder anderen Theiles ausgeglichen werden, der vorher rechtsverbindlich abgeschlossene Kauf nicht hinterher in ein ungültiges Spielgeschäft verwandelt wird.

Zu vergl. Staub, Kommentar zum Allg. D. H.G.B. § 23 zu Art. 357 S. 926 flg. der vierten Aufl. und die dort citirten Entscheidungen des Reichsgerichts und des vorm. Reichs-O.H.G.'s

Deshalb läßt sich auch daraus, daß die einzelnen Reportgeschäfte der Parteien — mit Ausnahme des letzten — lediglich durch Zahlung oder Belastung mit der sich daraus ergebenden Differenz abgewickelt worden sind, um so weniger eine Wahrscheinlichkeit dafür entnehmen, ihre ganze Geschäftsverbindung habe nur im Differenzspiel bestanden, als der Zweck der Reportgeschäfte gerade darin bestand, die dem Beklagten obliegende Verpflichtung zur Abnahme der für ihn gekauften Aktien hinauszuschieben (zu prolongiren).

Der Beklagte macht endlich geltend, es sei höchst unwahrscheinlich, daß der Kläger für ihn, dessen Verhältnisse er nicht gekannt habe, Effekten im Werthe von 20000 ℳ eingehandelt und ihm deren Kaufpreis alsdann zinslos und ohne jede Deckung lange Zeit gestundet haben würde. Abgesehen davon, daß der Kläger vorgiebt, über Beklagtens Zahlungsfähigkeit durch Londoner und Leipziger Pelzhändler sich genau erkundigt zu haben, und daß der Beklagte gar nicht behauptet, seine Verhälnisse seien keine kreditwürdigen gewesen, daß auch der thatsächliche Ankauf der Aktien seiten des Klägers durch das Einverständniß der Parteien festgestellt worden ist und der Beklagte in seinem Briefe vom 20. November 1893 das Recht, *seine* Aktien zu verkaufen, dem Kläger abspricht und zu deren Abnahme bereit gewesen zu sein, behauptet, bestand das vom Kläger durch Ausführung der Aufträge des Beklagten übernommenen Risico, so lange er die Aktien dem Letzteren noch nicht ausgehändigt hatte, nur darin, daß deren Kurs fallen konnte, hiergegen aber hat er sich vom Beklagten nach dessen Zugeständnissen wiederholt

Deckungen von zusammen über 2700 ℳ geben lassen und gerade deshalb, weil der Beklagte die weiter geforderte Deckung von 1500 ℳ nicht übersandte, ist der Kläger zum Selbsthilfeverkaufe verschritten. Bei dieser Sachlage kann nicht behauptet werden, daß der Kläger eine zu große und deshalb unwahrscheinliche Vertrauensseligkeit dem Beklagten gegenüber an den Tag gelegt habe. Auch hat der Kläger den Kaufpreis der Aktien dem Beklagten keineswegs zinslos gestundet, wie dieser meint, sondern dafür, wie die vom Beklagten selbst überreichten Rechnungen ausweisen die üblichen Reportzinsen berechnet. Der Versuch des Beklagten den ernstlichen Abschluß der der Klage zu Grunde liegenden Reportgeschäfte als unwahrscheinlich darzustellen, ist daher für mißlungen anzusehen.

Da somit die dem liquiden Klaganspruche von Seiten des Beklagten entgegengestellten Einreden als unbeachtlich sich herausstellen, war die Berufung, welche der Beklagte gegen die Verurtheilung nach dem Klagantrage eingewendet hat, als unbegründet zurückzuweisen.

Zugleich aber war das angefochtene Urtheil insofern zu berichtigen, als die Verurtheilung des Beklagten auch auf die Tragung der in erster Instanz erwachsenen Prozeßkosten zu erstrecken war. Denn wie aus den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils hervorgeht, hat die vorige Instanz diese Verurtheilung zur Kostentragung aussprechen wollen. Deren Weglassung in der Urtheilsformel stellt sich unter diesen Umständen nicht als eine nach § 292 der C.P.O. zu ergänzende Lücke der Entscheidung, sondern als eine einem Schreibfehler gleichzuachtende Unrichtigkeit im Sinne von § 290 der C.P.O. dar, welche Amtswegen zu berichtigen war.

Zu § 1 verb. mit Tarif Pos. 1 des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894. (Vergl. auch § 6 Abs. 2 dieses Gesetzes.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 26. Februar 1897. O. N. 180/96.

Der Sachverhalt ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen:

Das Grundkapital der klagenden Aktiengesellschaft zerfiel früher in verschiedene Aktiengattungen, nämlich in Stammprioritäts-Aktien Lit. A, Stammprioritäts-Aktien Lit. B und Stammaktien. Den ersteren beiden war nach den Statuten ein Recht auf bevorzugte Berücksichtigung bei Vertheilung des Reingewinnes und im Falle der Auflösung der Gesellschaft bei Vertheilung des Gesellschaftsvermögens eingeräumt, und zwar den Stammprioritäts-Aktien Lit. A gegenüber denjenigen Lit. B und den Stammaktien, den Stammprioritäts-Aktien Lit. B gegenüber den Stammaktien. Außerdem unterlagen die Stammprioritäts-Aktien Lit. B der Tilgung nach einem bestimmten Verlosungsplan. In der Generalversammlung der Aktionäre am 21. December 1895 wurden folgende Beschlüsse gefaßt:

Es sollten zur Erhöhung des Grundkapitals 331 Stück neue Inhaber-Aktien im Nominalbetrage von je 1000 ℳ ausgegeben werden.

Die Inhaber der Stammprioritäts-Aktien Lit. A und B sollten unter der Bedingung, daß ihnen die nachher zu erwähnenden Bezugsrechte eingeräumt würden, vom 1. Oktober 1895 auf die ihnen zustehenden Vorzugsrechte verzichten.

Den Stammprioritäts-Aktien Lit. A und B solle unter der Bedingung, daß sie in den noch abzuhaltenden Sonderversammlungen die eben erwähnten Verzichte aussprächen, ein Bezugsrecht auf die neu ausgegebenen Aktien eingeräumt werden.

Die für die Stammprioritäts-Aktien Lit. B im Statut vorgesehene Tilgung durch Verlosung solle unter der Bedingung, daß sie den gedachten Verzicht aussprächen, in Zukunft wegfallen.

Diese Verzichte wurden in Sonderversammlungen der Inhaber der Stammprioritäts-Aktien Lit A und B noch am 21. Dezember 1895 einstimmig beschlossen und sämmtliche Beschlüsse in das Handelsregister eingetragen. Insoweit die Aktionäre von ihrem Rechte auf Bezug der neuen Aktien Gebrauch machten, erhielten ihre Stammprioritäts-Aktien einen Stempelaufdruck mit dem Wortlaut: „Auf Vorzugsrechte verzichtet". Da die Steuerbehörde annahm, die hierunter befindlichen B-Aktien seien dadurch zu neuen Aktien umgeschaffen worden und daher nach § 1 verb. mit Tarif-Pos. 1a des Reichsstempelgesetzes vom 27. April 1894 der Stempelsteuer unterworfen, so wurden 1837 Stück solcher Aktien (1520 Stück zu je 300 und 317 Stück zu je 150 ℳ) in der Zeit vom 26. März bis 4. April 1896 bei dem Königl. Hauptsteueramt zu Dresden zur Versteuerung angemeldet und dafür an Abgaben 5194 ℳ erhoben, welche die Klägerin mit Vorbehalt als Sicherstellung hinterlegt hatte. Die Klägerin fordert diese 5194 ℳ vom Sächsischen Staatsfiscus zurück.

Für die Annahme des Beklagten, wonach die mit Stempelvermerk versehenen B-Aktien als neu ausgegebene Stücke anzusehen sein sollen, läßt sich nicht geltend machen, daß mit dem Stempelaufdruck der Verzicht auf die Vorzugsrechte beurkundet worden sei. Eine Aktie, welche einen urkundlichen Zusatz erhält, ist als neue Aktie im Sinne des Reichsstempelgesetzes nicht mit der ersten Instanz ohne weiteres dann zu behandeln, wenn der Vermerk irgend eine Veränderung des in der Aktie verbrieften Rechtsverhältnisses betrifft; vielmehr ist hierzu erforderlich, daß durch die beurkundete Veränderung wesentlich neue Antheilsrechte geschaffen worden sind. Diese Auffassung stimmt mit den in gegenwärtiger Sache ergangenen Entscheidungen der höheren Landes-Finanzbehörden, sowie den Urtheilen des Reichsgerichts vom 11. Oktober 1886, 11. April 1888 und 7. Juni 1895 überein; man vergl.

Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 18 S. 51 flg., Bd. 21 S. 25 flg., Jur. Wochenschrift 1895 S. 389 Nr. 34.

Daß eine Aktienurkunde durch jede auf ihr zum Ausdruck gebrachte Aenderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in ein neues Stück verwandelt werde, folgert

das Landgericht aus der Vorschrift in § 6 Abs. 2 des Reichsstempelgesetzes in der Fassung vom 27. April 1894, welche besagt:

daß Werthpapiere, die lediglich zum Zwecke des Umtauschs, d. h. behufs Erneuerung der Urkunde ohne Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, ausgestellt worden sind, steuerfrei bleiben, wenn die zum Umtausch gelangenden Stücke ordnungsmäßig versteuert oder steuerfrei sind und den vom Bundesrath zu erlassenden Kontrollvorschriften genügt worden ist.

Die nämliche Folgerung ist in zwei neueren Urtheilen des VI. Civilsenats des Reichsgerichts vom 16. Dezember 1895 und 29. Juni 1896 (Entsch. in C. S. Bd. 36 S. 92 und Bd. 37 S. 123) im Anschluß an Schäfer, Monatsschrift für Aktienrecht Bd. 4 S. 69 flg, ausgesprochen. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Denn die angezogene Bestimmung bezieht sich gar nicht auf die hier vorliegende Frage, unter welchen Umständen in der Beurkundung einer Veränderung des Rechtsverhältnisses auf dem alten Papier die Ausgabe einer neuen Aktienurkunde zu erblicken ist, sondern ordnet, entgegen der Regel, lediglich eine Befreiung von der Abgabenpflichtigkeit für den Fall an, daß ein Werthpapier nur zum Zwecke des Umtauschs, d. h. behufs Erneuerung der Urkunde ohne Veränderung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses, ausgestellt worden ist. Daraus folgt für den vorliegenden Fall weiter nichts, als das es, dafern die zusätzliche Beurkundung einer Aenderung des in einer Aktie verbrieften Rechtsverhältnisses die Entstehung einer neuen Aktienurkunde bewirkt haben sollte, bei der Regel der Stempelpflichtigkeit derselben verbleibt. Man vergl. auch Staub, Kommentar zum H.G.B. 3. und 4 Aufl. S. 382 Anm. 1 zu § 11 bei art. 209a. Wäre der Schluß der ersten Instanz richtig, so wäre er auf Grund der älteren Reichsstempelgesetze um so gerechtfertigter, da sie jener Ausnahme nur bei Renten- und Schuldverschreibungen (Tarif 2cc und 3b), nicht aber in Bezug auf Aktien gedachten, also noch strenger waren als das Gesetz vom 27. April 1894; hieran eine solche Folgerung zu knüpfen, ist aber in den älteren Entscheidungen des Reichsgerichts — man vergl. insbesondere das Urtheil des IV. Civilsenats Bd. 21 der Entscheidungen des Reichsgerichts S. 31 — abgelehnt worden. Jene Gesetzesstelle bietet also keinen Grund, die Annahme zu verlassen, wonach eine Aktie durch einen urkundlichen Zusatz über eine Veränderung des darin verbrieften Rechts nur dann in ein neues Werthpapier umgeschaffen wird, wenn diese Aenderung auf das Hervorbringen wesentlich neuer Antheilsrechte hinausläuft. Als eine derartige Aenderung kann aber der Verzicht auf die Vorzugsrechte nicht in Betracht kommen; er enthält nicht eine Erweiterung, sondern eine Reduktion der Antheilsrechte und ist daher, wie auch in der Entscheidung der Zoll- und Steuerdirection anerkannt worden ist, gleich der Herabsetzung des Nominalbetrags der Aktie — zu vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 18 S. 53 — nicht geeignet, dem Rechte des Aktionärs den Charakter neuer Antheilsrechte zu verleihen.|

Der Beklagte will nun die mit dem Stempelvermerk versehenen B-Aktien

ferner aus dem Grunde als neue angesehen wissen, weil damit auch der Wegfall der Verloosbarkeit beurkundet worden sei. Dieser Grund erscheint schon deshalb unzutreffend, weil der Stempelaufdruck die Aktien nicht als solche, bei denen die Verloosbarkeit weggefallen sei, kennzeichnet. Hiergegen kann nicht geltend gemacht werden, daß nach den Beschlüssen vom 21. Dezember 1895 die Aufhebung der Verloosbarkeit unter der Bedingung des im Stempelaufdruck bestätigten Verzichts auf die Vorzugsrechte ausgesprochen worden sei. Denn nach den Beschlüssen der Generalversammlung vom 21. December 1895 war die Aufhebung der Amortisation für alle B-Aktien zugleich unter der Bedingung angeordnet, daß die Gesammtheit ihrer Besitzer in einer Sonder-Gewerbeversammlung auf die Vorzugsrechte verzichtete; dagegen wird dadurch, daß einzelne Aktionäre ihre Aktien, welche sie zur Ausübung der Bezugsrechte eingereicht hatten, mit dem Stempelvermerke: „auf Vorzugsrechte verzichtet" zurücknahmen, höchstens dargethan, daß den Vorzugsrechten von den betreffenden einzelner Aktionären durch private Verzichtserklärungen entsagt worden sei. Sodann blieb auch die Aufhebung der Verloosbarkeit auf das Rechtsverhältniß der Aktionäre für die Dauer der der Mitgliedschaft ohne Einfluß; es ist mit ihr nur eine die Dauer der Mitgliedschaft betreffende Nebenbestimmung außer Kraft gesetzt, wonach eine allmähliche Verminderung des Grundkapitals dergestalt, daß die Stammprioritäts-Aktien Lit. B durch Einlösung zum Parikurse nach dem Loose abgefunden werden sollten, vorgesehen war. Diese, für diese Besitzer der fraglichen Aktien nicht unbedingt vortheilhafte, Aenderung erscheint als so wesentlich, das dadurch neue Anteilsrechte geschaffen worden wären, um so weniger, als — man vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 36 S. 92 — hierbei auch der Umstand von Bedeutung ist, daß, wie aus dem dem vorgelegten Stück erhellt, die Verloosbarkeit in den Aktienurkunden nicht hervorgehoben war und daher ihre Aufhebung nicht das Bedürfniß einer Aenderung der Aktienurkunde hervorrief.

Wenn man aber auch annehmen wollte, es seien durch den Verzicht und die Aufhebung der Verloosbarkeit neue Antheilsrechte geschaffen und beide Aenderungen durch den mehrerwähnten Stempelvermerk beurkundet, so würden die mit letzterem versehenen B-Aktien gleichwohl nicht als neu ausgegebene Aktienurkunden betrachtet werden können. Die Aktien sind Werthpapiere, insofern die darin verbrieften Rechte nach Uebertragung und Ausübung an dem Besitz der Urkunden geknüpft sind. (Zu vergl. Brunner in Endemann's Handbuch Bd. 2 S. 144 flg., insbes. S. 147 flg. und 150); demgemäß werden sie auch in den § 2—6 und in Tarif-Pos. 1 des Reichsstempelgesetzes als Werthpapiere bezeichnet. Es kann deshalb in der Beurkundung einer rechtlichen Veränderung des Antheilsrechts auf der bisherigen Aktienurkunde die Schaffung einer neuen Aktie nur dann erblickt werden, wenn die Beurkundung für das veränderte Rechtsverhältniß die Bedeutung eines Werthpapieres hat, also das neue Recht an das veränderte Papier dergestalt angeknüpft ist, daß seine Uebertragung und Ausübung nur mittelst

eines abgeänderten Papiers vorgenommen werden kann. Im vorliegenden Falle ist aber die auf den Papieren vollzogene Beurkundung für ihre Bestimmung als Werthpapiere ohne Bedeutung. Denn mit dem abgestempelten Vermerk sind nur die zur Ausübung des Bezugsrechts benutzten Aktien gekennzeichnet worden, wogegen durch die Statutenveränderungem vom 21. Dezember 1895 sämmtliche B-Aktien den Stammaktien gleichgestellt und zu Trägern des abgeänderten Rechtsverhältnisses erhoben worden sind, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Ausübung des Bezugsrechts benutzt und zur Abstempelung vorgelegt werden würden oder nicht. Diese Abstempelung konnte vielmehr nur dazu dienen, festzustellen, auf welche Stammprioritäts-Aktien das Bezugsrecht ausgeübt worden sei, und so eine mehrmalige Verwendung derselben Aktie zu dessen Ausübung zu verhüten. Hiernach läßt sich nicht sagen, daß durch die Kennzeichnung der zum Bezug neuer Aktien eingereichten Stammprioritäten Lit. B ein neues, das veränderte Rechtsverhältniß der B-Aktionäre verbriefendes Werthpapier (Aktie) geschaffen und ist es unzutreffend wenn die erste Instanz annimmt, es sei durch die Abstempelung dasselbe Ergebniß erreicht worden, als ob die bisherigen B-Aktien eingezogen und dafür neue, auf den gleichen Betrag lautende Stammaktien ausgegeben worden wären.

Aus diesen Gründen war der Beklagte zur Rückzahlung der erlegten Abgaben zu verurtheilen. Der Anspruch auf Zinsen seit dem 20. März 1896 ist nach § 742 des B.G.B.'s gleichfalls gerechtfertigt; denn da der Steuerbetrag mit Vorbehalt der Rückforderung eingezahlt worden und in diesem Vorbehalt eine Mahnung um sofortige Rückgabe enthalten ist, so war der Beklagte seit Empfang des Geldes mit der Rückerstattung in Verzug.

Begriff der Arbeitsgeräthschaft im Sinne des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891. Schutzfähigkeit einzelner Theile eines größeren Apparats. Begriff der Neuheit. Bedeutung der nach § 2 des Gesetzes bei der Anmeldung gemachten Angaben.

R.G. I. Civ.-Sen. Urtheil vom 8. Mai 1897. I. 3/97.

Auf Grund einer Anmeldung vom 12. Mai 1894 ist beim Patentamte zu Gunsten des Beklagten ein Gebrauchsmuster eingetragen, das bezeichnet ist als

„Filterplatte für Filterpressen, bei welcher die Kanäle und Ablaufrinnen der einen Plattenseite gegen diejenigen der andern Seite versetzt liegen.."

Der Kläger verlangte Löschung dieses Gebrauchsmusters.

Die erste Instanz erkannte auf Bewilligung der Löschung, weil sie nach erhobenem Beweise die Neuheit des Modells verneinte. Das Oberlandesgericht dagegen hielt das Modell zwar für neu, verwarf aber die Berufung des Beklagten gleichwohl, weil Filterplatten überhaupt nicht zu den Gegenständen gehörten, worauf sich der Schutz des Gesetzes über die Gebrauchsmuster vom 1. Juni 1891 beziehe.

Das Reichsgericht hob das zweitinstanzliche Urtheil auf und wies die Sache an die Berufungsinstanz zurück mit folgender Begründung.

Die Frage, ob eine Filterplatte überhaupt ein des Musterschutzes fähiger Gegenstand sein könne, ist vom Berufungsgerichte aus folgenden Gründen verneint. Es sei davon auszugehen, daß grundsätzlich Maschinen nicht zu den „Arbeitsgeräthschaften oder Gebrauchsgegenständen" zählten, auf die sich der Schutz des Gesetzes vom 1. Juni 1891 allein beziehe. Ob dieser Grundsatz ausnahmslos zur Anwendung zu bringen sei, könne dahingestellt bleiben; jedenfalls könne eine Filterpresse, bei der ein Dampfbetrieb mit einem Drucke von 4 bis 8 Atmosphären vorkomme, als eine solche Ausnahme nicht angesehen werden. Was aber von der Filterpresse als Ganzem gelte, das müsse auch von den Platten, die dabei zur Verwendung kommen, als Theilen der Presse gelten. Auch sie seien daher unfähig, als Gebrauchsmuster geschützt zu werden.

Diese Erwägungen sind rechtsirrthümlich.

Nach § 1 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 sind geschützt Modelle von Arbeitsgeräthschaften oder Gebrauchsgegenständen oder von Theilen derselben, insoweit sie dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke durch eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung dienen sollen.

In den Motiven zu dieser Bestimmung ist bemerkt:

„Indem . . . die zu schützenden Neuerungen als solche an Geräthschaften für Arbeitszwecke, oder an Gegenständen des Gebrauches charakterisirt werden, soll damit ausgedrückt werden, daß . . . Maschinen und Betriebsvorrichtungen für den Musterschutz außer Betracht bleiben."

Als Aufklärung über die Absichten des Gesetzgebers wird diese Bemerkung bei der Anwendung des Gesetzes für eine richtige Absteckung der Grenze zwischen Patent und Gebrauchsmuster nicht übersehen werden dürfen. Dabei bleibt aber zweierlei zu beachten:

1. Der Begriff der „Maschine" ist weder im Gesetze noch in den Motiven näher bestimmt und kann auch nicht als ein allgemein feststehender gelten. Man versteht darunter sowohl die sogenannten Kraftmaschinen, die durch Naturkräfte in Bewegung gesetzt werden, als auch die sogenannten Arbeitsmaschinen, die eine bestimmte Thätigkeit entwickeln, andererseits aber auch einfache Geräthe, mit deren Hülfe eine gewisse Arbeit durch menschliche Thätigkeit leichter ausgeführt werden kann.

2. Der Gedanke des Ausschlusses der Maschinen vom Gebiete des Musterschutzes hat im Gesetze selbst nur durch die Wahl der Worte „Arbeitsgeräthschaften oder Gebrauchsgegenstände" Ausdruck gefunden.

Daraus folgt, daß der Schutz des Gesetzes nicht bloß deswegen versagt werden kann, weil der Gegenstand in diesem oder jenem Sinne als „Maschine" bezeichnet werden kann. Vielmehr ist von Fall zu Fall zu prüfen, ob der zu schützende Gegenstand nach dem allgemeinen Sprachgebrauche „Arbeitsgeräthschaft

oder Gebrauchsgegenstand" ist. Unter „Arbeitsgeräthschaften" und „Gebrauchsgegenständen" aber versteht man im allgemeinen (wie das Reichsgericht bereits ausgesprochen hat, Entsch. Bd. 36 S. 18) „relativ einfache Werkzeuge und Vorrichtungen, nicht aber künstliche, aus vielen ineinandergreifenden Arbeitsmitteln zusammengesetzte, zur Bewegung durch Naturkräfte bestimmte Maschinen oder die Gesammtheit einer Reihe selbständiger, zum Zwecke eines auf einer Mehrheit von Arbeitsvorgängen aufgebauten Betriebes zusammengefügter Vorrichtungen."

In Anwendung dieser Grundsätze hat der jetzt erkennende Senat in der angeführten Entscheidung einem Pasteurisir-Apparate, der aus einer Reihe selbständiger Vorrichtungen bestand, die in ihrer Gesammtwirkung die Pasteurisirung von Bier in Fässern ermöglichen sollten, die Musterschutz-Fähigkeit versagt. Und in Anwendung derselben Grundsätze hat der I. Strafsenat des Reichsgerichts (Entsch. in Strafsachen Bd. 28 S. 185) den Gebrauchsmusterschutz für einen Webstuhl zur Anfertigung von Rohrdecken für Gärtnereien zugelassen.

Bei der Frage, ob eine Filterpresse ein dem Musterschutze zugänglicher Gegenstand sei, hat das Oberlandesgericht — wie aus der Anführung der beiden genannten Entscheidungen des Reichsgerichts erhellt, dieselben Grundsätze anwenden wollen. Als eine richtige Anwendung kann es aber nicht gelten, wenn der Filterpresse lediglich aus dem Grunde die Schutzfähigkeit als Gebrauchsmuster versagt wird, weil sie ihre Arbeit unter einem Dampfdrucke von 4 bis 8 Atmosphären verrichtet. Hätte das Berufungsgericht nicht an diesem unerheblichen Umstande gehaftet, und sich die verhältnißmäßige Einfachheit des Apparates vergegenwärtigt, der aus einem mit Zuleitungsrohren und mit Ablaufskanälen versehenen Gestell zur Aufnahme der Platten und Rahmen mit den Filtertüchern besteht, so würde es voraussichtlich zur Bejahung der Schutzfähigkeit der Presse selbst gelangt sein.

Es bedarf dieser Punkt jedoch keiner positiven Entscheidung, denn den Gegenstand des gewährten Schutzes bildet hier nicht die Presse, sondern die Platte, die in der Presse ihre Verwendung finden soll. Und unrichtig ist jedenfalls der weitere Satz des Oberlandesgerichts, daß wenn eine Filterpresse als Ganzes nicht schutzfähig sei, auch die dabei Verwendung findenden Platten dem Musterschutze verschlossen wären. Daß ein Gegenstand bestimmt ist, als Theil eines zusammengesetzten Apparates zu dienen, kann ihm den Schutz des Gesetzes nicht nehmen, wenn er nur sonst die im Gesetze aufgestellten Erfordernisse in sich vereinigt, das heißt, wenn er Arbeitsgeräth oder Gebrauchsgegenstand ist, und wenn er der Darstellung durch ein „Modell" fähig ist.

Diese Frage hat sich das Berufungsgericht nicht vorgelegt. Da die Verhandlung der Vorinstanzen die Natur des geschützten Gegenstandes in genügender Weise erkennen lassen, ist das Reichsgericht in der Lage die Frage selbst zu beantworten. Sie ist zu bejahen.

Der geschützte Gegenstand ist eine (in der Regel aus Eisen hergestellte, aber auch aus anderen Material herstellbare) quadratisch geformte Platte, deren Flächen

auf beiden Seiten der Art gestaltet sind, daß innerhalb eines im Profil etwas vortretenden ebenen Randes ein System von Furchen angebracht ist. Mehrere dieser Platten werden neben einander zwischen Leinwandtüchern, die die eigentliche Filterarbeit verrichten, im Gestell der Presse aufgehängt und nach Beendigung der Filtrierung wieder herausgenommen. Die Furchen der Platten dienen theils als Kanäle für die Aufnahme der zu pressenden Masse, theils als Ablaufsrinnen für die auszuscheidende Flüssigkeit.

Ein derartiger Gegenstand, wie ihn das geschützte Modell darstellt, darf unbedenklich als Arbeitsgeräth im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Er dient der Arbeit, die von der Presse verrichtet wird. Und es ist um so gewisser, daß der Gebrauchsmuster-Schutz für einen Gegenstand dieser Art nicht von vornherein versagt werden darf, als gerade bei Theilen einer bereits bekannten Maschine oder sonstigen Vorrichtung Verbesserungen denkbar sind, die, weil sie eine Erfindung mit einem wesentlich neuen bedeutenderen technischen Erfolge nicht darstellen, des Patentschutzes nicht theilhaftig werden können, die aber ein besonders passendes Gebiet für den Modellschutz bilden, zumal wenn es sich dabei um einfachere Körperformen handelt, deren zweckmäßigere Ausgestaltung die Gesammtwirkung der Maschine oder sonstigen Vorrichtung nicht wesentlich ändert, sodaß sich also die Neuerung schon im Modelle des Gegenstandes selbst vollständig verkörpert.

Nach dem Vorstehenden hängt die Entscheidung des Rechtsstreits von der zwischen den Parteien weiter streitigen Frage nach der Neuheit des für den Beklagten eingetragenen Modelles ab. Das Oberlandesgericht hat diese Frage zu Gunsten des Beklagten bejaht.

Die Gründe, die dafür angeführt werden, beruhen indeß zum Theil auf einer unrichtigen Auffassung des Begriffs der Neuheit eines Musters, zum Theil auf einer unvollständigen Würdigung des vorliegenden thatsächlichen Materials. Die Sache konnte hiernach noch nicht als spruchreif angesehen werden, war vielmehr zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Nach der Bezeichnung des für den Beklagten eingetragenen Modells besteht das wesentliche der geschützten Filterplatte darin, daß die Kanäle und Ablaufrinnen der einen Plattenseite gegen die der anderen Seite versetzt liegen. Die Anmeldung führt aus, daß die Kanäle und Ablaufsrinnen der einen Plattenseite gerade gegenüber denen der andern Seite angeordnet sind. Eine solche Anordnung (bei der mithin jede Furche im Querprofil als dünne Stelle der Platte erscheint) vermindere die Widerstandsfähigkeit der Platten (die während des Filtrationsprozesses einem starken Drucke Widerstand leisten müssen) erheblich und gebe häufig zu Brüchen Anlaß. Die Neuerung des Beklagten vermeide diesen Uebelstand, indem sie da, wo auf der einen Seite das Thal der Furchen verlaufe, auf der andern die Erhöhung anordne.

Auf Grund der von ihm erhobenen Beweise war das Landgericht zu der Ansicht gelangt, daß sich die Behauptung des Klägers bestätigt habe, daß Platten dieser Art, das heißt Platten mit versetzten Kanälen und Ablaufrinnen, vor der beklagtischen Anmeldung auch anderweitig bereits hergestellt und in Fabriken offenkundig benutzt worden seien.

Gegenüber dem hiernach auf Löschung des Gebrauchsmusters lautenden Urtheile der ersten Instanz hatte der Beklagte in der Berufungsinstanz geltend gemacht, daß die nachgewiesener Maßen vorher benutzten Platten von dem für ihn geschützten Modelle abwichen. Das Oberlandesgericht hat über diese angeblichen Abweichungen einen Sachverständigen vernommen und seine Entscheidung alsdann, wie folgt begründet. Nach der Anmeldung und der Eintragung des beklagtischen Gebrauchsmusters beziehe sich der bestehende Schutz auf Platten, bei denen alle Kanäle und Ablaufrinnen gegen einander versetzt seien. Auf den Platten aber, deren Vorbenutzung nachgewiesen sei, lägen die unteren Abaufrinnen nicht gegen einander versetzt. Ob dieses Modell nichts destoweniger ebenso zweckmäßig eingerichtet sei, wie das dem Beklagten geschützte, sei gleichgültig. Es genüge, daß das Muster des Beklagten in diesem Punkte, der eine Förderung des Arbeitszweckes im Auge habe, von den früher benutzen Platten abweiche. Davon abgesehen habe übrigens das Gericht aus der Darlegung des Sachverständigen die Ueberzeugung geschöpft, daß das Modell des Beklagten den Zweck, durch seine neue Gestaltung dem Arbeitszwecke zu dienn, auch thatsächliche erreiche.

Der erste Theil dieser Ausführung scheint auf der Auffassung zu beruhen, als wenn jede auch eine geringfügige und gleichgültige Formveränderung gegenüber dem bereits Bekannten zum Musterschutze berechtige. Das wäre eine unrichtige Auffassung. Aus dem Zwecke des Gesetzes ergiebt sich, daß der Modellschutz ebenso wie der Patentschutz demjenigen das geistige Eigenthum sichern will, dem ein gewisser technischer Fortschritt gelungen ist. Daß an die Bedeutung des Erfindergedankens auf dem Gebiete des Modellschutzes geringere Ansprüche zu machen sind, als auf dem Gebiete des Patentschutzes, ist richtig, darf aber nicht dahin führen, auf jenem Gebiete ganz von ihm zu abstrahiren. Auch der Modellschutz soll nur Platz greifen, wo die neue Form bestimmt ist, den Gebrauchs- oder Arbeitszweck gegenüber dem bisher Bekannten zu fördern. In der Begründung des Gesetzes ist mit Recht bemerkt, daß es im Begriffe der Neuheit liege, daß die Abweichung von bereits bekannten Gestaltungen oder Vorrichtungen eine selbständige eigenartige sein muß. Wenn das Modell „ohne Zuhülfenahme eines weiteren selbständigen Gedankens" nur bereits Bekanntes reproducirt, ist es nicht schutzfähig. Ob dies der Fall ist, hat im Streitfalle das Gericht zu entscheiden. Darauf wird freilich die Prüfung nicht auszudehnen sein, ob sich die Neuerung bewährt und ob der angestrebte Zweck in vollem Umfange erreicht wird. Aber eine Aenderung, in der eine selbständige, eigenartige Neuerung nicht zu Tage tritt, und bei der nicht erkennbar ist, inwiefern sie bestimmt und geeignet

ist, den Arbeits- oder Gebrauchszweck besser und wirksamer als das bisher Bekannte zu fördern, ist nach dem Gesetz nicht schutzfähig.

Das Berufungsgericht bemerkt nun allerdings, die Abweichung in der Gestaltung der unteren Ablaufrinnen beim Muster des Beklagten habe „die Förderung des Arbeitszweckes im Auge". Eine Darlegung aber, inwiefern diese Abweichung bestimmt sein soll, den Arbeitszweck, dem die Platten dienen, zu fördern, giebt das Urtheil nicht. Und über diesen wesentlichen Punkt läßt sich auch aus dem Gutachten des Sachverständigen, das sich das Berufungsgericht kurzer Hand zu eigen macht, ein schlüssiges Urtheil nicht entnehmen 2c.

Sollte sich bei der erneuten Verhandlung ergeben, daß die Abweichungen des beklagtischen Gebrauchsmusters gegenüber den älteren Platten nicht bloß nebensächlicher und bedeutungsloser Natur, sondern in der That bestimmt und geeignet sind, dem Arbeitszwecke, der mit den Platten verfolgt wird, besser zu dienen, so würde noch ein weiterer Punkt in Betracht zu ziehen sein. Nach § 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juni 1891 muß die Anmeldung angeben, „welche neue Gestaltung oder Vorrichtung dem Arbeits- oder Gebrauchszwecke dienen soll." Diese Angabe ist ein wesentlicher Bestandtheil der Anmeldung und für die Tragweite des erlangten Schutzes von entscheidender Bedeutung (Entsch. des Reichsgerichts Bd. 33 S. 99). Es kann nicht zugelassen werden, daß der Berechtigte im Streitfalle an die Stelle dessen, was seine Anmeldung über die Neuerung und die Zwecke, denen sie zu dienen bestimmt ist, angiebt, etwas anderes setzt, was sie nicht angiebt.

Gesetz zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbs vom 27. Mai 1896. Ankündigung eines „totalen Ausverkaufs".

R.G. VI. Civilf. Urtheil vom 18. Mai 1897. VI. 145/97.

Aus den Gründen:

Die Firma F. und Sohn, welche seit ca. 30 Jahren in Hamburg ein Geschäft in Zeugwaaren betreibt, erließ im September 1896 in öffentlichen Blättern Hamburg's die Ankündigung, daß sie „wegen anderweitigen hier ganz neuen Unternehmens und dadurch bedingter Geschäftsverlegung nach vollendetem Umbau" einen Totalausverkauf über ihr gesammtes umfangreiches Lager in ihren bisherigen Geschäftslokalitäten Alterwall 76 zu bedeutend herabgesetzten Preisen veranstalte; die Preise seien derart herabgesetzt, daß sie einer schnellen Totalräumung entgegensehen dürfe. Auch die Ladeneinrichtung, Schaufenster, Utensilien, Gasanlagen seien im Ganzen oder getheilt zu verkaufen. Auf Einsprache des Vereins der Manufakturisten von Hamburg-Altona-Wandsbeck (eines Verbandes zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 1 Abs. 1 des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes vom 27. Mai 1896) und nach Verhandlungen mit demselben verstand sich die Firma F. und Sohn dazu, fortan in

ihren Annoncen, Circularen und in den an ihrem Geschäftslokal angebrachten Plakaten zum Ausdruck zu bringen, daß der Total-Ausverkauf nur über ihre vor dem 15. September 1896 bezogenen Waaren (über ihr bis dahin vorhanden gewesenes Waarenlager) stattfinde und diese Beschränkung ist auch in die ferneren Annoncen, Cirkularen und in die Plakate fortan (in den Monaten Oktober, November) aufgenommen. Gegenüber der fortgesetzten Einsprache des genannten Vereins hat die Firma F. und Sohn gegen denselben Feststellungsklage dahin erhoben, daß ihm kein Anspruch darauf zustehe, daß sie die in ihrem Geschäftslokal angebrachten, einen Totalausverkauf ankündigenden Plakate entferne oder Annoncen der Form oder des Inhaltes, wie sie im Oktober 1896 inserirt seien, in Zukunft nicht mehr veröffentliche. Der Verein hat in der Klagbeantwortung Widerklage dahin angekündigt, daß der Firma F. und Sohn auferlegt werde, Annoncen, Plakate und Circulare des Inhaltes, wie sie solche seit September erlassen beziehungsweise angebracht habe, nicht weiter zu erlassen bezw. zu verbreiten und anzubringen, sich auch in ihren Bekanntmachungen und Mittheilungen solcher Angaben zu enthalten, welche geeignet seien, den Anschein eines von der Firma vorgenommenen Totalausverkaufes oder einer in naher Zeit in Aussicht genommenen Räumung des Lagers oder der Geschäftsverlegung zu erwecken, insbesondere sich des erwähnten Ausdruckes dabei zu enthalten. Die Widerklage ist gestützt auf § 1 Absatz 1 des Reichsgesetzes vom 27. Mai 1896. Gleichzeitig erwirkte der Verein bei dem Landgerichte nach § 3 des genannten Reichsgesetzes gegen die Firma F. und Sohn eine einstweilige Verfügung, durch welche die Firma bei einer Geldstrafe von 300 ℳ angewiesen wurde, die erwähnten vor ihrem Laden befindlichen Plakate zu entfernen, und ihr bei einer Geldstrafe von 300 ℳ für jeden Kontraventionsfall verboten wurde, Annoncen, wie die erwähnten, im September und später veröffentlichten, fernerhin zu erlassen, auch das erwähnte Cirkular weiter zu verbreiten, auch bis auf Weiteres in ihren Annoncen, Plakaten und Circularen den Ausdruck „Totalausverkauf“ zu gebrauchen. Der hiergegen erhobene Widerspruch ist durch Urtheil des Landgerichtes vom 15. Dezember 1896 verworfen. Auf ihre Berufung hat aber das Oberlandesgericht den Antrag des Vereins auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung unter gleichzeitiger Aufhebung der von dem Landgerichte erlassenen einstweiligen Verfügung als unbegründet zurückgewiesen.

Die Angriffe der Revision können nicht als zutreffend anerkannt werden.

Unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urtheils wird geltend gemacht, das Berufungsgericht verstoße dadurch gegen den § 1 des Reichsgesetzes, daß es nur die einzelnen in den Annoncen rc. enthaltenen thatsächlichen Angaben auf ihre Richtigkeit prüfe, während es nach dem Gesetze darauf ankomme, ob durch die Gesammtheit dieser Angaben und die Art und Weise, wie sie in den Veröffentlichungen abgedruckt seien, gewissermaßen in indirekter Weise eine unter das Gesetz fallende unrichtige Angabe dargestellt werde, und zwar im vorliegenden Falle die unwahre Angabe über Anlaß und Zweck des Ver-

kaufes, daß nämlich ein Totalausverkauf des gesammten Waarenlagers stattfinden solle.

Die Beurtheilung des Berufungsgerichtes unterscheidet sich von derjenigen des Gerichtes erster Instanz jedoch im Wesentlichen in der Beweiswürdigung. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß von demjenigen, der unter Berufung darauf, daß ihm der im Gesetz gegebene Anspruch zustehe, den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nach § 3 des Gesetzes beantrage, der Anspruch als Grundlage einer solchen nach Maßgabe der Bestimmungen der Civilprozeßordnung glaubhaft gemacht werden müsse (Motive zu dem Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 S. 13 in den Materialien des Gesetzes.) Von diesem Standpunkte aus prüft es die wesentlichen Behauptungen des Antragstellers und die sämmtlichen in den späteren, die Beschränkung auf die vor dem 15. September 1896 bezogenen Waaren enthaltenden Bekanntmachungen ꝛc. aufgenommenen thatsächlichen Angaben, und gelangt zu der Ansicht, daß *diese Bekanntmachungen* unrichtige Angaben, welche geeignet wären, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen, überhaupt nicht enthalten. In einem Punkte allerdings weicht anscheinend das Berufungsgericht prinzipiell von dem Gerichte erster Instanz ab. Dieses hält augenscheinlich schon den Ausdruck „Totalausverkauf" (trotz jener Beschränkung) für thatsächlich unrichtig und irreführend, weil hierunter nur die Räumung des gesammten Waarenlagers ohne Ausnahme aus bestimmten Gründen verstanden werde. Das Berufungsgericht aber ist der Ansicht, daß der Ausdruck „Total-Ausverkauf" (oder „gänzlicher Ausverkauf) eine Tautologie enthalte. Dies könnte für sich allein bedenklich erscheinen. Allein einerseits verkennt das Berufungsgericht nicht, daß das Reichsgesetz vom 27. Mai 1896 hauptsächlich auch zum Schutze gegen schwindelhafte Ausverkäufe erlassen ist, sofern durch *die Vorspiegelung des Ausverkaufes der Wahrheit zuwider der Anschein* erweckt werden soll, als ob die Räumung von Vorräthen, die nicht wieder ergänzt, daher billig abgegeben werden sollen, beabsichtigt sei. Andererseits kann nicht bezweifelt werden, daß partielle, ernstliche Ausverkäufe nach dem Gesetze statthaft sind und das Berufungsgericht erwägt rein thatsächlich, daß im vorliegenden Falle in den betreffenden Veröffentlichungen der Ausdruck „Totalausverkauf" durch die genügend deutlich beigefügte Beschränkung auf die vor dem 15. September 1896 beziehungsweise bis dahin bezogenen Waaren modifizirt und hierdurch für Jedermann ersichtlich gemacht sei, daß es sich nicht um die Räumung des ganzen Lagers ohne die Aussicht, weitere Waaren zu beziehen, handele, sowie daß auch die von der Firma F. und Sohn angeordnete Art und Weise des Verkaufes der vor dem 15. September und der später bezogenen Waaren genügende Garantie dafür biete, daß dem kaufenden Publikum der Unterschied klar gemacht werde. Es kommt hiernach nicht weiter darauf an, ob jene Auffassung von dem Worte „Totalausverkauf" richtig und dem Gesetze entsprechend ist. Das Berufungsgericht ist eben

der Ansicht, daß ein partieller Ausverkauf angekündigt sei und in der That auch stattfinde.

In Betreff der ersten, jene Beschränkung auf die bis zum 15. September 1896 bezogenen Waaren noch nicht enthaltenden Veröffentlichungen, erwägt das Berufungsgericht, daß sie den Schein einer unrichtigen Angabe erwecken konnten, daß aber die Firma F. und Sohn auf die Vorstellungen des Antragstellers, um allen weiteren Bedenklichkeiten zu begegnen, sich bereit erklärt habe, die Beschränkung in den ferneren Veröffentlichungen aufzunehmen und daß sie dies auch in allen Annoncen, Circularen und Plakaten fernerhin durchgeführt habe. Hierdurch habe sie den etwaigen Anspruch des Antragstellers auf Unterlassung der allgemeinen Veröffentlichungen befriedigt und habe deshalb hinsichtlich ihrer kein Anlaß zu der einstweiligen Verfügung vorgelegen. Sollte die Firma F. und Sohn dennoch auf die allgemeinen Veröffentlichungen zurückkommen, so blieben hiergegen dem Antragsteller alle Rechtszuständigkeiten vorbehalten. Gegen diesen Theil der Entscheidung sind besondere Revisionsangriffe nicht geltend gemacht; ein Rechtsirrthum ist in diesen Ausführungen nicht enthalten.

Zulässigkeit eines auf zwei Personen gezogenen Wechsels. Art. 4 Nr. 8 der Deutschen Wechsel-Ordnung.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 16. März 1897. O. IV. 8/97.

Der Kläger klagte im Wechselprozeß aus zwei Primawechseln über je 160 ℳ, gezogen von Leipzig unter dem 1. Oktober 1896 an Ordre „von mir selbst", zahlbar am 12. Oktober 1896, bezw. 1. November 1896, auf denen sich quer geschrieben die Namenszeichnungen beider Beklagten befinden, sowie aus einem am 20. Oktober 1896 wegen des ersteren Wechsels gegen den Mitbeklagten Gustav Werner erlassenen Postauftrage und einem am 3. November 1896 wegen Nichtzahlung des zweiten Wechsels gegen beide Beklagte erhobenen Notariatsproteste. Auf beiden Klagwechseln findet sich der Name der Beklagten „Wilhelmine Werner" unter dem Texte links, hinter dem vorgedruckten Worte „Herr" geschrieben, die Beklagte ist deshalb zweifellos als Bezogene anzusehen. Der Name des Klägers befindet sich dagegen auf beiden Wechseln unter dem Texte rechts an derjenigen Stelle, wo bei gezogenen Wechseln die Aussteller zu unterschreiben pflegen. Der Name des Beklagten „Gustav Werner" findet sich auf beiden Wechseln gleichfalls unter dem Texte und zwar in gleicher Höhe neben dem Namen der verehel. Werner, fast unmittelbar rechts neben diesem in der Weise, daß er auf dem am 12. Oktober 1896 fällig gewesenen Wechsel A theilweise, auf dem am 1. November 1896 fällig gewesenen Wechsel B vollständig über den Namen des Klägers zu stehen kommt. Quer geschrieben finden sich auf beiden Wechseln die Namen beider Beklagten

unter einander. Für den Wechsel unter A ergiebt sich daher ungefähr folgendes äußeres Bild.

Prima-Wechsel. *Wilhelmine Werner.* *Gustav Werner.*

Leipzig den 1. Oktober 1896. *Für ℳ 160. —*
Am 12. Oktober 1896 zahlen Sie für diesen Prima-Wechsel an die Ordre von mir Selbst die Summe von
Mark Einhundert und Sechzig
den Werth erhalten und stellen solchen auf Rechnung laut Bericht.
Herr Wilhelmine Werner, Gustav Werner.
in Stahmeln *Fritz Nendza*
bei Leipzig. *Löbejun.*

Hiervon unterscheidet sich der Wechsel unter B, abgesehen vom Zahlungstage im wesentlichen nur dadurch, daß der Name des Klägers bereits unter den Buchstaben „st" des Wortes „Gustav" beginnt und weniger rechts über das Wort „Werner" hinausragt, wie auf dem Wechsel unter A.

Bei der dem Gerichte auch im Urkundenprozesse obliegenden freien Beweiswürdigung (C.P.O. §§ 555, 259) muß nach der Ansicht des Berufungsgerichts der dargelegten äußeren Beschaffenheit der Klagwechsel entnommen werden, daß die Wechsel vom Kläger, in dessen Hand sie sich befinden, auf beide Beklagte gezogen und von diesen acceptirt seien. Dagegen bieten die Wechsel keinen genügenden Anhalt dafür, daß Werner sie nur als Bürge oder zum Zeichen der ehemännlichen Genehmigung mit seiner Namenszeichnung versehen habe. Ebensowenig kann er bei der Uebereinstimmung der quer geschriebenen Namen mit den nach dem Vordruck „Herr" an einander gereihten Namen „Wilhelmine Werner Gustav Werner" als Aussteller angesehen werden. Vielmehr gehören die unter dem Texte stehenden Worte „Gustav Werner" zur Adresse, dergestalt daß beide Beklagte als Bezogene anzusehen sind, daß der unter dem Namen der verehel. Werner angegebene Ort „Stahmeln bei Leipzig" als Zahlungsort auch bezüglich des anderen Bezogenen zu gelten hat und daß der Kläger, der in der Ordreklausel gebrauchten Einzahl entsprechend, als alleiniger Aussteller erscheint.

Die vorige Instanz*) hat unter Hinweis auf Entsch. des R.G.'s in Civils.
Bd. 25 S. 62 und Staub, Kommentar zur W.O. Art. 4 § 43.
als unzulässig bezeichnet, daß ein Wechsel auf zwei Personen gezogen werde. Dem kann nicht beigetreten werden. Zuvörderst betrifft die angezogene Reichsgerichtsentscheidung einen Fall, in welchem nach dem Inhalte des Wechsels anzunehmen war, es solle der Wechselinhaber zwischen mehreren Domiziliaten die Wahl haben (zahlbar beim Aussteller oder bei der Realkreditbank u. s. w."). Nur ein solches wählbares Domizil ist als mit den Normen der W.O. durchaus

*) In erster Instanz war die Klage abgewiesen worden.

unverträglich bezeichnet worden, da nach Wechselrecht nur eine bestimmte Person gegeben sein könne, bei welchen (abgesehen vom Nothfalle) die Zahlung wechselgerecht gefordert werden könne und müsse. Auch wenn man — wie sonach dahingestellt bleiben kann — dieselben Grundsätze ohne weiteres auf eine Mehrheit von Bezogenen anzuwenden hätte, würden deshalb allein die Klagwechsel nicht ungültig erscheinen. Denn auf diesen sind die Beklagten nicht wahlweise, sondern gemeinschaftlich bezogen. Die Bezeichnung mehrerer Personen als gemeinsam Bezogener auf einem und demselben Wechsel ist aber durch die Wechselordnung nirgends untersagt und widerstreitet auch der Natur und dem Wesen des Wechsels wenigstens solange nicht, als — wie im vorliegenden Falle — ein bestimmter Zahlungsort (W.O. Art. 4 Nr. 8) vorgezeichnet ist.

Archiv für Wechselrecht, N. F. Bd. 1 S. 93, Bd. 14, S. 73; Annalen des Königl. Sächs. O.A.G.'s, N. F. Bd. 7 S. 59; Hoffmann im Archiv für Wechselrecht, N. F. Bd 12 S. 348, Bd. 16 S. 353, Wächter, Wechselrecht, (1883) S. 161, Endemann, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 4 Abth. 2 S. 140; Dernburg, Preuß. Privatrecht, Bd. 2 § 259 Anm. 11, Lehmann, Lehrbuch des Wechselrechts S. 384,

woselbst sogar die Benennung mehrerer an verschiedenen Orten wohnenden Bezogenen als zulässig angesehen wird.

Rehbein, W.O., zu Art. 4 Anm. 34; Borchardt, W.O. 8. Aufl. zu Art. 4 Zus. 146; Crome, Grundlehren des französ. Obligationenrechts, § 19 Anm. 3.

Schließlich steht auch das Wesen des Auftrages, dessen Form den gezogenen Wechseln gegeben zu werden pflegt, der hier vertretenen Ansicht nicht entgegen — wie gegenüber den Ausführungen bei Staub a. a. O. hervorgehoben sein möge. Denn sofern überhaupt bei der Eigenart des Wechselzuges auf die Bestimmungen des Civilrechtes im Allgemeinen und über den Auftrag im Besonderen zurückgekommen werden darf,

Entsch. des Reichs-O.H.G.'s, Bd. 7 S. 353; Entsch. des R.G.'s in Civils., Bd. 24 S. 90,

ist schon in den Quellen des Gemeinen Rechtes

L 60 § 2 Dig. mandati 17,1; Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 298 Note 15 unter b

sowie in der neueren Gesetzgebung, z. B.

A.L.R. I, 13 § 201 und hierzu Koch, A.L.R., 8. Aufl. S. 191, Note 72; Oesterr. B.G.B. § 1011; Züricher Gesetzbuch, § 1176; Sächs. B.G.B. § 1313; Schweizerisches Obligationenrecht Art. 401; Motive zum Entwurf des D. B.G.B.'s, Bd. 2 S. 536

vielfach anerkannt, daß ein Auftrag mehrerer Personen in der Weise ertheilt werden kann, daß dessen Ausführung eine untheilbare gemeinschaftliche Leistung darstellt.

Es liegt daher kein Grund vor, die Gültigkeit der Klagwechsel deshalb zu beanstanden, weil darauf zwei Bezogene benannt sind.

Da auch die Höhe der vom Kläger geforderten Wechselunkosten keinen Anlaß zu Bedenken giebt, mußten die Beklagten gemäß W.O. Art. 23, 81 verb. Art. 50 [1], [2] nach dem Klagantrage verurtheilt worden.*)

Verpflichtung des Apothekers, dem Lehrlinge ein Zeugniß auszustellen. (§ 3 der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 13. November 1875 betreffend die Prüfung der Apothekerlehrlinge in der Fassung der Abänderungen vom 4. Februar 1879, vom 25. Dezember 1879 und vom 23. Dezember 1882.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 13. April 1897. O. VII. 91/96.

Nachdem der Kläger in der Zeit vom 4. April bis mit 30. September 1893 bei dem Beklagten in dessen Apotheke in C. als Lehrling thätig gewesen ist, hat ihm der letztere beim Abgange ein Zeugniß ausgestellt. Er weigert sich dem Verlangen des Klägers nach Ertheilung eines anderen Zeugnisses stattzugeben.

Ueber die Verpflichtung zur Ausstellung eines Zeugnisses wird in den Gründen des Berufungsurtheils Folgendes gesagt:

Zu Gunsten der Apothekerlehrlinge besteht zwar eine besondere Gesetzesbestimmung nicht, die die Verpflichtung des Lehrherrn zur Ausstellung eines Zeugnisses nach beendigter Lehrzeit ausdrücklich ausspräche; insbesondere ist auch die Anwendung von § 129 der Gew.O. durch § 154 Abs. 1 dieses Gesetzes ausgeschlossen. Wie jedoch nach allgemeiner Verkehrssitte auch Handlungslehrlingen, die zu ihrem Fortkommen des Zeugnisses nicht minder als Gewerbsgehilfen bedürfen, Zeugnisse über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung ausgestellt zu werden pflegen und die Handlungslehrlinge deshalb die Ausstellung eines Zeugnisses verlangen können,

zu vergl. Sächs. Archiv Bd. I S. 523, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch unter § 7 zu Art. 61 S. 112 der 3. und 4. Aufl.,

während bestritten ist, ob den Handlungsgehilfen der gleiche Anspruch zusteht (Staub, a. a. O. S. 103, § 7 zu Art. 57), kann es auch bei den Apothekerlehrlingen nicht zweifelhaft sein, daß sie zufolge der allgemeinen Verkehrssitte die Ausstellung eines Zeugnisses zu verlangen berechtigt sind. Hierbei darf unerörtert bleiben, ob die Apothekergehilfen und Lehrlinge zu den Handlungsgehilfen und Lehrlingen zu zählen seien.

Oberlandesgerichts-Annalen Bd. 17 S. 428.

---

*) Auch das Kammergericht Berlin hat sich für die Zulässigkeit der Trassirung eines Wechsels auf mehrere Personen ausgesprochen. (Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts 1897, S. 73).

Die Gründe, die die Ausstellung von Zeugnissen zur allgemeinen Gewohnheit gemacht haben, die Nothwendigkeit, bei jeder Bewerbung um eine Stelle sich über die Vergangenheit und namentlich über die ordnungsmäßige Zurücklegung der Lehrzeit auszuweisen, sowie die Erwägung, daß das Erforderniß von solchen Zeugnissen auf den ganzen Stand erzieherisch wirkt und geeignet ist, die geschäftlichen und sittlichen Bestrebungen der Lehrlinge zu heben, liegen auch für das Apothekergewerbe vor. Zu ihnen gesellt sich aber gerade für den Apothekerlehrling noch ein ganz besonderes Bedürfniß. Er muß sich, um Gehilfe zu werden, einer staatlich geordneten Prüfung unterziehen, zu der er nur zugelassen wird, wenn er unter anderen das Zeugniß seines Lehrherrn über seine Führung und die Zurücklegung der erforderlichen (drei- oder zweijährigen) Lehrzeit beibringt.

Zu vergl. § 3 der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 13. November 1875, betreff. die Prüfung der Apothekergehilfen, in der Fassung der Abänderungen vom 4. Febr. 1879, vom 25. Dez. 1879 und vom 23. Dez. 1882.*)

Will sich der Kläger über seine Führung und die bei dem Beklagten zurückgelegte halbjährliche Lehrzeit ausweisen, so bedarf er des mit der Klage geforderten Zeugnisses; anderenfalls würde er das bei dem Beklagten verbrachte halbe Jahr nicht zu dem Nachweise benutzen können, daß er die erforderliche Lehrzeit zurückgelegt habe.

Der Einwand des Beklagten, das Zeugniß sei von demjenigen auszustellen, bei dem der Lehrling die drei- bez. zweijährige Lehrzeit durchgemacht habe, ist ganz unhaltbar. Hat der Lehrling bei mehreren Apothekerbesitzern gelernt, so muß eben jeder Lehrherr wegen der bei ihm zurückgelegten Lehrzeit einen Ausweis geben. Davon geht augenscheinlich auch das bei Staas, die Apothekergesetze nach Deutschem Reichs- und Preußischem Landesrechte, fünfte Auflage S. 22, mitgetheilte Ministerialrescript vom 10. Mai 1880 aus, welches sich mit dem Falle beschäftigt, daß die vorgeschriebene Lehrzeit mit Unterbrechungen, also zumeist bei mehreren Lehrherren, zurückgelegt worden ist. Vom Standpunkte des Beklagten aus würde die Zeit, die ein Apothekerlehrling bei einem anderen Apothekenbesitzer vorher zurückgelegt hat, zur Erfüllung der vorgeschriebenen Lehrzeit schon dann nicht verwendet werden können, wenn der frühere Lehrherr sich weigert, ein Zeugniß auszustellen.

Daß die Zeugnisse der Lehrherren außerdem über die Führung der Lehrlinge eine Aeußerung enthalten müssen, ist in dem Rundschreiben des Reichskanzlers vom 12. Februar 1893 ausdrücklich hervorgehoben worden.

Zu vergl. Flinzer, die Medicinalgesetze und Verordnungen des Königreichs Sachsen S. 390.

---

*) Veröffentlicht im Centralblatt f. d. deutsche Reich 1875, S. 761, 1879, S. 91, 850, 1882, S. 458.

Der Beklagte kann sich daher nicht weigern, dem Kläger ein Zeugniß auszustellen und darin auch über die Führung desselben Auskunft zu geben.*)

A. Inhalt von Zeugnissen über die Führung von Arbeitern (§ 113 Abs. 2 der Reichs-Gew.O.). — B. 1. Zulässigkeit der Beschwerde über die Festsetzung des Werthes vom Streitgegenstande durch das Gewerbegericht. Werth des Streites um ein Zeugniß über die Führung eines Arbeiters. 2. Mangel der Rechtskraft und Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem (nicht vorläufig vollstreckbaren) Urtheile des Gewerbegerichts vor Ablauf der Berufungsfrist auch beim Mangel der Berufungssumme (§ 55 des Gesetzes vom 29. Juli 1890).

A.

Urtheil der V. Civilk. der Königl. Landgerichts Dresden vom 29. März 1897 zu Dg. V. 47/97.

Die Kläger, welche als Buchbindergesellen in der Kontobücherfabrik des Beklagten in Arbeit standen, haben das Arbeitsverhältniß aufgekündigt, nachdem und weil der Beklagte ihrer gemeinsamen Aufforderung, einen entlassenen, anderen Arbeiter K. wieder einzustellen, keine Folge leistete. Beim Abgange haben sie ein Zeugniß über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung gefordert und dessen Ausdehnung auch auf ihre Führung und Leistungen verlangt. Der Beklagte hat einem jeden von ihnen die Art und Dauer seiner Beschäftigung und seine Leistungen als zufriedenstellend bezeugt und in jedem Zeugnisse hinzugefügt:

„Sein Austritt erfolgte freiwillig, weil einer seiner Mitarbeiter von mir entlassen wurde, den ich mich wieder einzustellen weigerte."

Die Kläger fordern und der Beklagte weigert ein auf ihre Führung ausgedehntes Zeugniß *ohne* diesen Satz.

Als Grund der Entlassung K.'s bezeichnen die Kläger seine führende Stellung im Verbande der in Buchbindereien u. s. w. beschäftigten Arbeiter Deutschlands und bei einer Arbeitseinstellung, der Beklagte sein ungehöriges Verhalten gegen Arbeiterinnen.

---

*) Der entscheidende Theil des Urtheils lautete:

Der Beklage wird verurtheilt, dem Kläger folgendes Zeugniß auszustellen:

R. S., geboren zu S. ist vom 4. April bis 30. September 1893 in meiner Apotheke als Lehrling thätig gewesen. Während des Sommerhalbjahrs 1893 hat er die Vorlesung über Allgemeine Chemie an der Königl. höheren Gewerbeschule hierselbst, die wöchentlich vierstündig gehalten wird, laut Schulzeugniß regelmäßig besucht und am Schlusse des Halbjahres die Censur 3 — genügend — erhalten. Gegen seine Ehrlichkeit und sein sonstiges sittliches Verhalten war nichts einzuwenden. Doch ist er in den letzten Wochen seiner Lehrzeit bei mir nicht allenthalben so gehorsam gewesen, wie ich es gewünscht habe, auch hat er sich am 1. Oktober 1893 bei seinem Weggange, als ich wegen mir zustehender Forderungen Sachen von ihm zurück behalten wollte, ungebührlich gegen mich betragen.

Die Kläger waren zur Zeit ihrer Kündigung und ihres Abganges die einzigen Buchbindergesellen des Beklagten.

Die Einzelheiten des Sach- und Streitstandes ergeben sich aus den nachstehenden Gründen, aus denen das Berufungsgericht die Verurtheitung des Beklagten durch das Gewerbegericht aufhob und die Klagen abwies:

Die Zulässigkeit der Berufung ergiebt sich gegenüber der Bestimmung in § 55 Abs. 1 des Gesetzes über die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 aus den Gründen zu 1 des Beschlusses vom 17. Februar 1897 (s. unter B). Durch sie findet auch das von den Klägern beigebrachte Urtheil des Landgerichts Berlin I,*) bereits seine Widerlegung. Die Berufung ist auch begründet.

Die Reichsgewerbeordnung bestimmt in § 113 Abs. 1 und 2:

„Beim Abgange können die Arbeiter ein Zeugniß über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung fordern.

Dieses Zeugniß ist auf Verlangen der Arbeiter auch auf ihre Führung und ihre Leistungen auszudehnen."

Der Begriff der „Führung", der weder in der Entstehungsgeschichte von § 113, noch von den dem Berufungsgericht bekannten Schriftstellern der Reichs-Gew.O. näher erörtert worden ist, deckt sich mit dem Verhalten des Arbeiters **im Arbeitsverhältniß**

(vergl. die Begründung zu §§ 111, 112 des Gesetzentwurfs, betr. Abänderungen der Reichs-Gew.O. vom 3. 1878, Aktenstück 41 zu den Stenographischen Berichten des Reichstags S. 504, 505, 3 Legislaturperiode 2. Session).

Also fallen unter ihn alle Handlungen und Unterlassungen des Arbeiters **im Arbeitsverhältniß**, soweit sie nicht in § 113 Abs. 2 der Reichs-Gew.O. unter dem Begriffe seiner „Leistungen" ausgeschieden sind, und andererseits nur sie. Aus letzterem Grunde gehören nicht zur Führung des Arbeiters im Sinne von § 113 Abs. 2 seine Handlungen und Unterlassungen in seinem Privatleben, soweit sie nicht auf das Arbeitsverhältniß zurückwirken. Ob aber eine Handlung oder Unterlassung des Arbeiters in die Arbeitszeit oder Arbeitspausen fällt oder nicht, entscheidet nicht darüber, ob sie unter seine Führung fällt oder nicht, wie die Kläger vermeinen. Auch ergiebt sich aus der Nebeneinanderstellung der Begriffe „Führung" und „Leistungen" in § 113 Abs. 2, daß die Handlungen und Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältniß nicht sowohl, wie die Kläger ausführen, nur insoweit, als sie seine Leistungen beeinflussen, sondern vielmehr gerade mit dieser durch den Begriff der „Leistungen" gedeckten Ausnahme sämmtlich unter den Begriff der Führung fallen. Endlich ist auch das sittliche Urtheil über eine Handlung oder Unterlassung des Arbeiters im Arbeitsverhältniß, auf welches das Gewerbegericht entscheidendes Gewicht legt, und die Frage, ob sie vom Gesetz

*) abgedruckt in Nr. 6 des „Gewerbegerichts" vom 4. März 1897 (S. 57).

verboten oder erlaubt ist, für ihre Unterstellung unter den Begriff der „Führung" gleichgiltig. Denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen guter und schlechter Führung. Allerdings wird das Zeugniß über die Führung des Arbeiters meist die Gestalt eines Urtheils über seine Handlungen und Unterlassungen im Arbeitsverhältniß annehmen müssen und deshalb auch dürfen, weil meist deren erschöpfende Darstellung nicht möglich und deshalb ihre Zusammenfassung in ein Urtheil, ob die Führung des Arbeiters gut oder schlecht war, nothwendig ist. Diese Zusammenfassung genügt und entspricht auch dem Zweck des Zeugnisses, der Kürze heischt. Aber hierdurch wird der Arbeitgeber nicht gehindert, einzelne Handlungen oder Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältniß in das Zeugniß über seine Führung aufzunehmen und das oft schwankende Urtheil über sie nicht selbst zu fällen, sondern denen zu überlassen, welchen der Arbeiter das Zeugniß vorlegen wird. Wenn der Arbeiter die Richtigkeit eines Urtheils über seine Führung im Zeugniß beanstandet, ist der Arbeitgeber genöthigt, es in Thatsachen aufzulösen, und es zu begründen. Also darf ihm auch nicht grundsätzlich verwehrt werden, von vorn herein solche Thatsachen im Zeugniß anzuführen. Nur wird meist die Aufnahme einzelner Handlungen oder Unterlassungen die Führung des Arbeiters nicht erschöpfen und deshalb den Anforderungen an die Vollständigkeit des Zeugnisses über sie nicht für sich allein, sondern nur als Beispiel oder Ausnahme neben einem Urtheil genügen. Auch scheidet der Zweck des Zeugnisses, anderen Arbeitgebern als Unterlage bei ihrem Entschluß über die Einstellung des Arbeiters zu dienen, der es ihnen vorzeigt, solche Handlungen und Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältniß aus dem Zeugnisse aus, welche für diesen Entschluß zweifellos gleichgiltig sind. Indessen wird die Entscheidung über ihre Erheblichkeit in dieser Richtung mit seltenen Ausnahmen dem das Zeugniß ausstellenden Arbeitgeber überlassen werden dürfen und müssen, weil eine Thatsache, die er für erheblich hält, im Zweifel auch für andere Arbeitgeber erheblich sein wird oder kann und weil die Aufnahme einer wirklich unerheblichen Thatsache in das Zeugniß im Zweifel auch dem Arbeiter nicht schadet, sondern gleichgiltig ist. Endlich muß die Darstellung einzelner Handlungen oder Unterlassungen im Zeugnisse der Wahrheit getreu sein. Den Beweis hierfür schuldet der Arbeitgeber.

Die Anwendung vorstehender Grundsätze auf den vorliegenden Fall liefert folgendes Ergebniß:

Die Kläger haben unstreitig den Beklagten aufgefordert oder durch den Werkführer E. auffordern lassen, den Arbeiter K., dem er gekündigt hatte, wieder einzustellen. Diese Handlung war eine solche im Arbeitsverhältniß und fällt also unter ihre Führung, gleichviel ob die Aufforderung in der Gestalt einer Drohung oder eines höflichen Ersuchens erging und aus welchen Gründen dem Arbeiter K. gekündigt worden war, sowie ob die Verwendung der Kläger für K. Beifall oder Tadel findet oder verdient. Denn jene Aufforderung enthielt einen Eingriff der Kläger als Arbeiter in die Leitung des Betriebes, die dem Beklagten als ihrem

Arbeitgeber allein zustand, und aus einem Grunde, für den der Beklagte nicht den Klägern, sondern ausschließlich dem Arbeiter K. Rechenschaft schuldete, auch wenn er schon mit der Absicht umging, auch den Klägern zu kündigen. Dieser Eingriff war um so tiefer, als er unter dem schweren Nachdruck einer gleichzeitigen Kündigung der Kläger, also sämmtlicher Buchbinder des Beklagten erfolgte, die ihm für den Fall der Ablehnung von K.'s Wiedereinstellung von Seiten der Kläger, wenn nicht ausdrücklich in Aussicht gestellt worden ist, so doch deutlich in Aussicht stand, wie die Folge und insbesondere ihre gleichzeitige Kündigung selbst klar bewiesen hat. Selbstverständlich stand es den Klägern frei, ihrerseits und gleichzeitig zu kündigen, weil der Beklagte dem Arbeiter K. gekündigt hatte. Aber sie konnten den Entschluß über ihre Kündigung nur auf Grund der durch die Kündigung gegen K. gegebenen Sachlage treffen und durften nicht vorher durch einen Eingriff in die Betriebsleitung den Versuch machen, die Sachlage zu ändern. Auch war dieser Eingriff, wie schon die Klage beweist, für den Entschluß anderer Arbeitgeber über die Einstellung der Kläger als Arbeiter überaus erheblich, weil deren Abneigung gegen solche Arbeiter die ihrem Arbeitgeber die Wiedereinstellung eines entlassenen Arbeiters angesonnen haben, fast allgemein ist.

Die Bestimmung in § 152 der Reichs-Gew.O., welche alle Verbote und Strafbestimmungen gegen gewerbliche Gehülfen, Gesellen oder Fabrikarbeiter wegen Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittelst Einstellung der Arbeit aufhebt, steht den Klägen nicht zur Seite. Denn einmal war K.'s Wiedereinstellung, die sie durch Einstellung der Arbeit erlangen wollten, keine Lohn- oder Arbeitsbedingung, und sodann hindert die Aufhebung jener Verbote und Strafbestimmungen die Erwähnung der Thatsache, daß ein Arbeiter durch Einstellung der Arbeit günstigere Lohn- oder Arbeitsbedingungen zu erlangen suchte, im Zeugniß über seine Führung überhaupt nicht, weil sie eine seiner Handlungen im Arbeitsverhältnisse zum Gegenstande hat und auf die Frage, ob diese erlaubt oder verboten war, nichts ankommt. Allerdings kann die Aufnahme jener Thatsache in das Zeugniß für den Arbeiter Nachtheile auf dem Arbeitsmarkt zur Folge haben. Aber die Aufhebung von Verboten und Strafbestimmungen in § 152 der Reichs-Gew.O. verbürgt ihm nicht auch den Schutz gegen andere nachtheilige Folgen seiner nunmehr erlaubten Handlungen insbesondere auf wirthschaftlichem Gebiete, die diese haben können, wie jede andere erlaubte Handlung. Auch § 113 Abs. 3 der Reichs-Gew.O. untersagt den Arbeitgebern nur, die Zeugnisse mit Merkmalen zu versehen, welche den Zweck haben, den Arbeiter in einer aus dem Wortlaut des Zeugnisses nicht ersichtlichen Weise zu kennzeichnen, weil der Arbeiter gegen geheime Merkmale wehrlos wäre. Aber auch diese Vorschrift beschränkt den Arbeitgeber in keiner Richtung in der ausdrücklichen Aufnahme von Handlungen oder Unterlassungen des Arbeiters im Arbeitsverhältnisse in das Zeugniß, für deren Wahrheit einzutreten er offen bereit ist.

Der Beklagte durfte also die Thatsache, daß die Kläger K.'s Wiedereinstellung verlangt und gekündigt haben, nachdem und weil er ihrer Aufforderung keine Folge geleistet hat, in die Zeugnisse über die Führung der Kläger aufnehmen. Die Fassung, in der er es gethan hat, wird von den Klägern ohne Grund beanstandet. Sie könnte vielleicht schärfer sein, ist aber deutlich genug und der Wahrheit getreu. Sie verleitet insbesondere nicht zu dem von den Klägern besorgten Mißverständniß, daß sie die Arbeit ohne Aufkündigung und ohne gesetzlichen Grund verlassen hätten. Wenn aber die Kläger leugnen wollen, daß der Grund ihrer Kündigung die Entlassung K.'s (genauer die Kündigung gegen K.) gewesen sei, so treten sie in schroffen Widerspruch mit der ganzen Sachlage, wie sie sich aus ihrer eigenen Darstellung im Rechtsstreit und in den Zeitungsabschnitten*) ergiebt, welche, wenn nicht von ihnen selbst oder in ihrem Auftrage, so doch in ihrem Sinne geschrieben sind, wie sie ausdrücklich erklären. Die Aufnahme jener Thatsache in der vom Beklagten gewählten Fassung thut auch der Kürze der Zeugnisse keinen Eintrag. Allerdings erschöpfen sie die Führung der Kläger nicht und insofern sind die Zeugnisse noch unvollständig und wenn es die Kläger verlangen, einer Ergänzung, etwa durch ein Urtheil des Beklagten über die Führung der Kläger im Allgemeinen fähig und bedürftig, neben welchem der von ihnen beanstandete Satz als Beispiel oder Ausnahme seinen Platz behält. Allein dieser Umstand schützt die Klage nicht vor ihrer völligen Abweisung. Denn die Kläger verlangen jetzt nicht sowohl ein vollständiges Zeugniß über ihre Führung mit oder ohne jenen Satz, sondern lediglich ein Zeugniß über ihre Führung ohne jenen Satz, und ihre Anträge erschöpfen sich in der Ausscheidung dieses Satzes und erstrecken sich nicht auf die Vervollständigung der Zeugnisse in anderen Richtungen, wenn er stehen bleibt. Denn die Kläger haben im Laufe des Rechtsstreits niemals die Unvollständigkeit der Zeugnisse gerügt, durch die sie sich bislang offenbar nicht beschwert fühlen, sondern immer nur gegen jenen Satz gekämpft, der ihnen allein Veranlassung zur Klage gegeben hat. Also würde ihnen durch die Verurtheilung des Beklagten zu Vervollständigung ihrer Zeugnisse ohne Ausscheidung jenes Satzes nicht sowohl ein Theil des erhobenen Anspruches, sondern ein nicht erhobener Anspruch zugesprochen werden, dessen Erfüllung der Beklagte noch nicht verweigert hat.

B.

Beschluß der V. Civilk. des Kgl. LG.'s zu Dresden vom 17. Februar 1897, zu B. C. 53/97.

1. Die Zulässigkeit der Beschwerde über die Festsetzung des Werthes ergiebt sich bereits aus § 55 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 verb. mit § 16 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes. Die letztere Bestimmung brauchte also in §§ 57—59 des ersteren Gesetzes nicht mit ange-

*) Der Beklagte hatte Exemplare der sächsischen Arbeiterzeitung und der Buchbinderzeitung vorgelegt, in denen die Arbeiter vor seiner Fabrik gewarnt worden waren.

zogen zu werden, um den Weg dieser Beschwerde zu öffnen. Zwar sind nach § 55 Absatz 1 Satz 3 Entscheidungen über die Festsetzung der Kosten einschließlich der gemäß § 52 ergangenen nicht anfechtbar. Aber dieser Ausschluß von Rechtsmitteln beschränkt sich auf die Festsetzung des vom Gegner zu erstattenden Betrages von Kosten (vgl. § 98 C.P.O.), wie der Zusammenhang mit § 52 beweist, und der Kosten des Gewerbegerichts, soweit jener Betrag von ihnen abhängt. Er erstreckt sich aber nicht auf die Festsetzung des Werthes vom Streitgegenstande. Sonst würde die wichtige Entscheidung über die Zulässigkeit der Berufung, soweit sie nach § 55 Abs. 1 Satz 2 vom Werthe des Streitgegenstandes abhängt, im schroffen Widerspruch mit dem Rechtsmittelsystem des Civilprozesses dem Berufungsgerichte entzogen und dem Gewerbegericht zugewiesen worden sein. Diese Tragweite tritt in der Entstehungsgeschichte der erst von der Reichstagskommission eingefügten Bestimmung in § 55 Abs. 1 Satz 3 nirgends hervor.

Der Werth des Streitgegenstandes ist im vorliegenden Falle gemäß § 3 CPO nach freiem Ermessen festzusetzen. Dabei hat das Gewerberіcht viel zu niedrig gegriffen, indem es ihn dem Betrage eines Wochenlohnes der Kläger gleichsetzt. Es legt einen falschen Maaßstab an, indem es die Erwägung anstellt, daß ein Gewerbestreit nicht länger als eine Woche zu dauern pflege und bei einem Streit über Arbeitszeugnisse ein höherer Werth des Streitgegenstandes als ein Wochenlohn nur dann in Frage kommen könne, wenn die unterlegene Partei sich nicht füge. Der Werth des Streitgegenstandes richtet sich nicht nach dem Schaden des Klägers, der durch den Aufschub der Erfüllung um die Dauer des Rechtsstreites entsteht. Sonst würde er z. B. nicht durch den Betrag einer streitigen Forderung, sondern durch den Betrag ihrer Verzugszinsen auf die Dauer des Rechtsstreites bestimmt werden. Er bestimmt sich vielmehr durch den Nachtheil in der Vermögenslage des Klägers, den der nach seiner Ansicht rechtsverletzende Zustand zur Zeit der Erhebung der Klage und ohne diese im Vergleich zu dem Zustande verursachen würde, auf dessen Herbeiführung er klagt, also im vorliegenden Falle durch den Nachtheil, den die Kläger erleiden, wenn sie sich mit den ihnen von der Beklagten ausgestellten Zeugnissen begnügen müssen und auch im Wege der Klage keine Zeugnisse mit dem von ihnen geforderten Inhalt erlangen.

Dieser Nachtheil ist bedeutend. Denn der von den Klägern beanstandete Zusatz der Zeugnisse über den Grund ihrer Aufkündigung wird die meisten Arbeitgeber an ihrer Einstellung hindern, weil deren Abneigung gegen solche Arbeiter, die ihrem Arbeitgeber angesonnen haben, einen entlassenen Arbeiter wieder einzustellen, fast allgemein ist. Wenn aber die Kläger von den Zeugnissen mit diesem Zusatze keinen Gebrauch machen, so vermindert sich ihre Aussicht auf anderweite Arbeitsgelegenheit fast ebenso sehr, weil die meisten Arbeitgeber ein Zeugniß aus der Zeit ihrer Beschäftigung bei der Beklagten vermissen werden. Also droht der

Zusatz, die Verwerthung ihrer Arbeitskraft und zwar nicht nur jetzt, sondern auch noch bei späteren Wechseln ihrer Arbeitstelle stark zu unterbinden und einen Verlust ihres Arbeitslohnes nicht nur auf eine Woche, sondern vielleicht auf viele Monate herbeizuführen. Das Landgericht schätzt diesen Verlust nach freiem Ermessen auf nicht unter 120 ℳ bei jedem Kläger. Der Umstand, daß die Kläger nach § 113 der R.G.O. ohne Weiteres ein Zeugniß über die Art und Dauer ihrer Beschäftigung bei der Beklagten fordern können, welches den beanstandeten Zusatz nicht enthält, wenn sie nämlich nicht auf ihrem Verlangen bestehen, daß das Zeugniß auf ihre Führung und ihre Leistungen ausgedehnt werde, ist ohne Einfluß auf den Werth des Streitgegenstandes. Denn sie verlangen eben ein Zeugniß auch über ihre Führung und ihre Leistungen, aber ohne den Zusatz. — Der Entscheidung, ob dieser berechtigt sei, soll jetzt in keiner Weise vorgegriffen werden. (Sie ist in dem Urtheil unter A getroffen.)

2. Nach § 56 Abs. 4 des Gesetzes vom 29. Juli 1890 finden auf die Zwangsvollstreckung aus Endurtheilen der Gewerbegerichte die Vorschriften im 8. Buche der C.P.O. Anwendung. Nach § 662 C.P.O. erfolgt die Zwangsvollstreckung (nur) auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils, gegen deren Ertheilung der Schuldner nach § 668 C.P.O. Einwendungen erheben und auf dem Wege der Beschwerde verfolgen kann. Die Vollstreckungsklausel ist eine nothwendige Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung auch in den Fällen, wo diese durch das Prozeßgericht erfolgt, wie im Falle von § 774 C.P.O. An dieser Voraussetzung für die Vollstreckung fehlt es zur Zeit noch, denn auf den Urschriften der Urtheile des Gewerbegerichts findet sich keine Bemerkung, daß vollstreckbare Ausfertigungen ertheilt seien (§ 670 C.P.O.) Sie hätten auch nicht ertheilt werden dürfen. Denn die Urtheile sind nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt und ihre Rechtskraft hätte der Gerichtsschreiber des Gewerbegerichts nicht bezeugen oder bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel voraussetzen dürfen, bevor feststand, daß die Berufungsfrist unbenutzt abgelaufen sei. Der Umstand, daß der Werth des Streitgegenstandes in den Urtheilen unter 100 ℳ, also auf einen Betrag festgesetzt ist, welcher die Berufungssumme des § 55 Abs. 1 Satz 2 nicht erreicht, änderte hieran nichts, weil die Zulässigkeit der Berufung, wie schon erwähnt, auch insoweit, als sie vom Werth des Streitgegenstandes abhängt, der Prüfung des Berufungsgerichts unterliegt und mithin die Rechtskraft auch dann schon durch die Einlegung der Berufung gehemmt wird, wenn die Berufungssumme fehlt. Die Sache liegt ganz so wie bei der Frage nach der Rechtskraft von Urtheilen, welche der Revision unterliegen,

vergl. die Entscheidungen des R.G.'s in Civils. Bd. VIII S. 356 (VI S. 381); v. Wilmowski und Levy, 6. Aufl., Anm. 5 Abs. 2 a. E. zu § 646 C.P.O.; Planck, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechtes Bd. II S. 529 § 151 bei Anm. 2; A. M. Rocholl in Busch's Zeitschrift f. D. C.P., Bd. X S. 298.

Also ist noch keine von den beiden Voraussetzungen gegeben, unter denen nach § 56 Abs. 1 des Gesetzes vom 29. Juli 1890 die Zwangsvollstreckung aus Endurtheilen der Gewerbegerichte stattfindet, und müssen die der gesetzlichen Grundlage entbehrenden und als Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erfolgen konnten (§ 776 C.P.O.), der sofortigen Beschwerde (§ 701 C.P.O.) der Beklagten unterliegenden Vollstreckungsbeschlüsse des Gewerbegerichts vom 12. Februar 1897 auf diese Beschwerde aufgehoben werden.

Ob das Gewerbegericht den Ausspruch der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur deshalb unterlassen hat, weil es seine Urtheile für rechtskräftig hielt, ist ohne Belang; denn dieser Irrthum ersetzt jenen Ausspruch nicht. Auch ein Versuch der Kläger, eine Ergänzung der Urtheile durch den Ausspruch ihrer vorläufigen Vollstreckbarkeit auf dem Wege von § 654 C.P.O. herbeizuführen, würde an der weiteren Anordnung dieses Beschlusses scheitern, durch welche auf Antrag des Beklagten die Zwangsvollstreckung auf Grund von §§ 657, 647 der C.P.O. einstweilen eingestellt worden ist.

Feststellungsklage oder Leistungsklage? Verbindung beider Klagen. Hat der Promissar, der die für den Fall einer Zuwiderhandlung vereinbarte Konventionalstrafe nicht wählt, einen Anspruch auf Unterlassung oder bloß auf Schadensersatz? §§ 231, 279, 775 Abs. 1, 2 der C.P.O., §§ 1428, 1432 des B.G.B.'s

Urtheil der 2. Civilk. des Landgerichts Leipzig vom 3. Juni 1897. Dg. II. 94/97.

Der Kläger betreibt in N. ein technisches Bureau für elektrische Beleuchtung und Kraftübertragung. Der Beklagte, der früher bei ihm als Monteur in Diensten gestanden hatte, hat sich durch Vertrag vom 27. Juni 1895 verpflichtet, nach seinem eventuellen Austritte aus dem technischen Bureau des Klägers in N. weder selbständig Installationsarbeiten auszuführen, noch solche im Auftrage dritter Personen, gleichviel unter welcher Benennung auszuführen oder ausführen zu lassen; auch hat sich Beklagter für jeden Fall der Zuwiderhandlung zur Zahlung einer Konventionalstrafe von 100 *M* verpflichtet. In einem früher zwischen den Parteien anhängigen Prozesse ist der Beklagte wegen einer Zuwiderhandlung gegen diesen Vertrag rechtskräftig zur Zahlung einer Konventionalstrafe von 100 *M* verurtheilt worden. Auf Antrag des Klägers ist sodann dem Beklagten durch einstweilige Verfügung des K.A.G.'s N. vom 15. August 1896 unter Androhung einer Haftstrafe von einer Woche für jeden Zuwiderhandlungsfall untersagt worden, in Zukunft in N. elektrische Installationsarbeiten auszuführen oder solche im Auftrage dritter Personen, gleichviel unter welcher Benennung auszuführen oder ausführen zu lassen. Dabei ist dem Kläger aufgegeben worden, bis zum 26. September 1896 wegen des von ihm durch einstweilige Verfügung geltend gemachten Anspruches Klage zu erheben. Die einstweilige Verfügung ist rechtskräftig bestätigt

worden; auch ist der Beklagte durch Beschluß des A.G.'s N. vom 16. November 1896 auf Antrag des Klägers wegen einer Zuwiderhandlung gegen die einweilige Verfügung zu einer Haftstrafe von einer Woche verurtheilt worden. Die hiergegen eingewendete Beschwerde ist erfolglos geblieben.

Gegenwärtig erhebt der Kläger zufolge des erwähnten Beschlusses des Amtsgerichts Klage gegen den Beklagten mit dem Antrage, den Beklagten mittelst eines gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklärenden Urtheils zu verurtheilen, in Zukunft in N. weder selbständig elektrische Installationsarbeiten auszuführen noch solche im Auftrage dritter Personen, gleichviel unter welcher Benennung auszuführen oder ausführen zu lassen.

Der Beklagte giebt zu, in zwei Fällen dem Vertrage zuwidergehandelt zu haben, stützt aber seinen Abweisungsantrag darauf, daß der Kläger nach §§ 1428, 1432 des B.G.B.'s nur Schadensersatz oder Konventionalstrafe, nicht aber Unterlassung der verbotenen Handlung fordere; wolle man aber auch annehmen, daß der Kläger entweder einen Anspruch auf Unterlassung und Schadensersatz oder einen Anspruch auf Konventionalstrafe habe, so sei doch die Klage nach § 700 des B.G.B.'s unbegründet, da der Kläger sein Wahlrecht bereits ausgeübt und Konventionalstrafe gefordert habe.

Das amtsgerichtliche Urtheil lautete: „Der Beklagte wird verurtheilt, in Zukunft in N. weder selbständig elektrische Installationsarbeiten auszuführen, noch solche im Auftrage dritter Personen, gleichviel unter welcher Benennung auszuführen oder ausführen zu lassen." Der Antrag des Klägers, das Urtheil gegen Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wurde zurückgewiesen.

Die Berufung des Beklagten gegen dieses Urtheil wurde verworfen und auch die Anschlußberufung des Klägers das Urtheil dahin abgeändert: „der Beklagte wird verurtheilt, in N. elektrische Installationsarbeiten — bei Vermeidung einer achttägigen Haftstrafe für jeden Zuwiderhandlungsfall — weder selbständig noch im Auftrage dritter Personen gleichviel unter welcher Benennung auszuführen oder ausführen zu lassen und die Kosten beider Instanzen zu tragen.

Die Gründe lauten:

I. Die Klage ist eine sog. Leistungsklage. Sie macht die Verpflichtung des Beklagten zum Unterlassen elektrischer Installationsarbeiten in N. auf Grund des Vertrags vom 27. Juni 1895 und in Anlaß des mehrfachen vertragswidrigen Verhaltens des Beklagten geltend. Sie fordert nicht nur die Feststellung der Rechtsverbindlichkeit des Vertrags, also des Bestehens einer solchen antragsmäßigen Verpflichtung zum Unterlassen, sondern die Realisirung derselben durch Verurtheilung. So lautet auch der Klagantrag. Dieser Natur der Klage wird das unterrichterliche Urtheil nicht gerecht. Es übersieht, daß, wenn auch die Wirkung des Urtheils vorzüglich auf „die Zukunft" berechnet ist, es sich doch um die gegenwärtige Bewährung des klägerischen Rechts auf Unterlassung gegenüber dem widerrechtlichen Verhalten des Beklagten handelt. Es kann das nicht anders ge-

schehen, als durch den den Verpflichteten bindenden vollstreckbaren Urtheilsbefehl zur Unterlassung, zu dessen Durchsetzung das indirekte Zwangsmittel der Strafandrohung in der C.P.O. § 775 zur Verfügung gestellt wird.

Da nach dem erstinstanzlichen Thatbestand alle Voraussetzungen dafür vorhanden waren, genügte der Unterrichter dem Klagantrage nicht, wenn er dem Kläger die erbetene vorläufige Vollstreckbarkeit versagte, eine Entscheidung, die um so weniger berechtigt war, als die Urtheilsformel selbst unumwunden die Verurtheilung zum Unterlassen, also zur Erfüllung der vertragsmäßigen, den Klaggegenstand bildenden Verpflichtung ausspricht. Es hat hierdurch das Urtheil einen widerspruchsvollen Charakter empfangen, über welchen sich zu beschweren wohl der Kläger nicht aber der Beklagte guten Grund hat. Die Behauptung des letzteren, der Unterrichter habe den § 279 C.P.O. verletzt, geht fehl. Es ist allerdings richtig, daß keineswegs der Feststellungsanspruch gegenüber dem Leistungsanspruch nur als ein Weniger darstellt und nur in diesem enthalten ist, daß daher auch durchaus nicht der Richter berechtigt ist, eine Feststellung auszusprechen, wenn die Verurtheilung zur Leistung erbeten und zwar das Recht von Bestand, der Anspruch aber noch nicht realisirbar ist (vergl. Wach, der Feststellungsanspruch, 1888, S. 45). Wohl aber ist eine Verbindung des Antrags auf Verurtheilung und Feststellung denkbar. Ist im Klaggrund auch das Feststellungsinteresse (C.P.O. § 231) gegeben und ersichtlich, daß der Kläger zum mindesten die Feststellung will, so wird sich diese im Rahmen des Klagantrags bewegen (Wach, S. 42).

So hat der Unterrichter die Klage aufgefaßt. Und in der That war zur Zeit der Klagerhebung ein ausreichendes Feststellungsinteresse aus dem ursprünglichen Bestreiten der Gültigkeit des Vertrages, wie aus dem vertragswidrigen Verhalten des Beklagten zu entnehmen, während freilich mit einem nicht zur Vollstreckung geeigneten Urtheil dem Kläger offenbar nicht ausreichend gedient war. Daher greift er das Urtheil mit der Beschlußberufung an.

Man hat anzunehmen, daß er sich damit nicht nur gegen die Gründe, sondern gegen die Entscheidung selbst wendet, daß er seinen Klagantrag, soweit derselbe nicht durchgedrungen ist, in vollem Umfang zur Geltung bringen will. Demnach muß in dem Anschlußantrag gefunden werden der Wille, daß nicht nur die „Verurtheilung“ der ersten Instanz aufrecht erhalten werde mit einer veränderten Motivirung, welche ihren Gegensatz zur Feststellung betont, sondern daß auch die beantragte „Vollstreckbarkeit“ in den gesetzlich zulässigen und dieser Instanz entsprechenden Grenzen und Formen ausgesprochen werde. Das aber geschieht zweckentsprechend durch eine in C.P.O. § 775 Abs. 1, 2 angeordnete Androhung von Geld- bez. Haftstrafen.

II. Die Rechtsausführung des Beklagten, daß nach §§ 1428, 1432 des B.G.B.'s der Kläger einen klagbaren Anspruch auf Unterlassung nicht habe, ist unbegründet. Das Oberlandesgericht spricht sich in dem vom Beklagten ange-

zogenen Urtheile*) über diesen Punkt nicht bestimmt aus. Die speziellen Motive zu §§ 1457—1467 des Entwurfs sagen allerdings unter Nr. 1, daß „der Promissar, dafern er die Konventionalstrafe nicht wählt, der Natur der Sache nach nur Schadensersatz fordern könne" und Aehnliches findet sich im Anschluß hieran in der Literatur (Müller, Sächs. Privatrecht 2. Abth. 1895, S. 255 flg.). Aber jene Aeußerung der Motive ist ohne Begründung und für die Interpretation nicht bindend. Sie ruht auf früherem sächsischem Prozeßrecht, welches die Anwendung der Haft als Zwangsmittel neben der Geldstrafe nicht kannte (§§ 81 flg. des Exekutionsgesetzes vom 28. Februar 1838), Weshalb „die Natur der Sache" die Klage auf Unterlassung ausschließen solle, ist schlechterdings nicht einzusehen. Nur darüber könnte gezweifelt werden, ob neben solcher Klage zugleich ein Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe geltend gemacht werden kann (Grützmann, Lehrb. des Sächs. Privatrechts, 2 Bd., S. 10, Note 7). Außer Zweifel aber ist, daß das Einklagen der Konventionalstrafe im einzelnen Fall die spätere selbständige Klage auf Unterlassung anläßlich neuer Klagveranlassung nicht ausschließt. Und so ist es im gegenwärtigen Prozeß.

Parteifähigkeit einer unzulässiger Weise in das Handelsregister eingetragenen offenen Handelsgesellschaft? Auftreten der Inhaber dieser Gesellschaft als Kläger?

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 15. März 1895. O. III. 111/94.

Die auf Bezahlung des Kaufpreises für Ziegel gerichtete Klage ist von der Firma: „Leubnitzer Dampfziegelei in Leubnitz-Werdau", welche als solche auf Folium 60 des Handelsregisters für die Dorfschaften des Amtsgerichts Werdau eingetragen ist, erhoben worden. Hierbei sind für die Klägerin als deren gesetzliche Vertreter die Kaufleute Georg Wilhelm H. in Zwickau und Hugo Kurt T. ebendaselbst, welche auf jenem Folium als alleinige Inhaber der Firma eingetragen sind, aufgetreten. Sie haben erklärt, daß die Klägerin einen Handel mit Ziegeln und Preßsteinen betreibe, welche sie in Leubnitz auf einen ihr eigenthümlich gehörigen oder von ihr gepachteten Grundstücke, aus dem auf diesem Grundstücke lagernden Lehme zum Verkaufe herstellen lasse.

In erster Instanz ist die Klage wegen mangelnder Parteifähigkeit der Klägerin abgewiesen worden. Das Berufungsgericht hat den Beklagten verurtheilt. Aus den Gründen:

Nach den von dem klägerischen Prozeßbevollmächtigten zu Begründung des Rechtsmittels in erster Linie vorgetragenen Ausführungen ist davon auszugehen, daß nunmehr die beiden Inhaber der ursprünglich als Klägerin aufgetretenen Firma deren Parteirolle übernommen haben. Ihre Einwendungen richten sich in-

*) Wengler's Archiv 1885 S. 279.

soweit ausschließlich dagegen, daß die Klage wegen der dieser Firma abgesprochenen Parteifähigkeit abgewiesen worden ist. Sie bestreiten zwar nicht, daß ihr Gewerbebetrieb als Inhaber der Leubnitzer Dampfziegelei so, wie er von ihrem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten in der landgerichtlichen Verhandlung geschildert worden sei, sich nicht als ein Handelsgeschäft und ihre Vereinigung zu diesem Gewerbebetriebe sich nicht als eine Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs charakterisire. Allein dies habe immer nicht dazu führen dürfen, die Klage aus dem angegebenen Grunde abzuweisen. Thatsächlich seien doch immerhin gleich von vornherein lediglich sie, die gegenwärtigen Kläger, selbst als solche aufgetreten und ihr erstinstanzlicher Prozeßbevollmächtigter habe nur darin gefehlt, daß er irrthümlicherweise die klagende Partei unrichtig bezeichnet habe. Sache des Prozeßgerichts sei es daher gewesen, ihren damaligen Prozeßbevollmächtigten auf diese unrichtige Parteibezeichnung aufmerksam zu machen, und voraussetzlich würde deren entsprechende Berichtigung sofort erfolgt sein, wenn das Prozeßgericht so verfahren wäre. Zu einer Benachtheiligung des Beklagten in seiner Rechtsvertheidigung würde dies um deswillen nicht haben führen können, weil derselbe, wenn er, was ihrerseits behauptet werde, der Schuldner sei, niemals darüber habe im Zweifel sein können, daß *sie* seine Gläubiger seien.

Diese Ausführungen erachtet das Berufungsgericht für zutreffend und ausschlaggebend. Nach seiner Auffassung hat es sich in dem landgerichtlichen Verfahren lediglich um eine falsche Bezeichnung der klagenden Partei gehandelt und sind virtuell die Inhaber der klagenden Firma als Kläger aufgetreten, so daß auch nur sie allein als solche in erster Instanz bei Verhandlung und Entscheidung der Sache zu behandeln und zu bezeichnen gewesen wären. Aus diesem Grunde erscheint es zulässig, daß diese beiden Inhaber in gegenwärtiger Instanz als die eigentlichen Kläger auftreten. Ein nach der Civilprozeßordnung unzulässiger Wechsel in der Person des Klägers ist hierin nicht zu erblicken. Das Zukommen auf dasjenige, was der klägerische Prozeßbevollmächtigte *eventuell* zur Begründung der Berufung vorgebracht hat, erledigte sich damit von selbst.

Infolge dieser Auffassung, welche dazu führte, nunmehr die beiden Inhaber der ursprünglich als Klägerin aufgetretenen Firma als Kläger zu behandeln und in der Urtheilsformel aufzuführen, hatte das Berufungsgericht auf die Sache selbst einzugehen, da in einem solchen Falle die Sache nicht an das Prozeßgericht zurückverwiesen werden kann.

Vergl. auch *Rassow* und *Künzel*, Bd. 31 S. 731.

Vertragsmäßiger Verzicht auf die Beschreitung des Rechtsweges enthalten in Versicherungsbedingungen; Unterschied von der Vereinbarung eines schiedsrichterlichen Verfahrens. §§ 851 flg. der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 30. November 1896. O. II. 62/96.

Der am 12. Juni 1858 geborene Kläger, Inhaber einer Tischlerei zu Mylau i./V., hat sich bei der Beklagten auf die Zeit vom 10. Oktober 1893 bis zum 10. Oktober 1903 gegen die Folgen körperlicher Verletzungen, Unfälle, versichert. Hierüber ist unterm 8. Oktober 1893 zu Leipzig die in Urschrift bei den Akten befindliche Polize Nr. 20441 ausgefertigt worden.

Am 21. Juni 1894 hat der Kläger in seiner Werkstatt zu Mylau eine körperliche Verletzung dadurch erlitten, daß ihm bei der Arbeit das Stemmeisen abrutschte und ihm dicht über dem Handgelenk in den linken Unterarm fuhr.

Er ist darauf von dem Dr. med. F. und dem Medizinalrath Prof. Dr. K. ärztlich behandelt worden. Während der ärztlichen Behandlung, die über 200 Tage währte, ist der Kläger erst ganz und später theilweise erwerbsunfähig gewesen.

Die Beklagte hat den erwähnten Unfall als unter den Versicherungsvertrag fallend anerkannt und dem Kläger Entschädigung für Kurkosten und für den Erwerbsverlust auf die Zeit vom 21. Juni 1894 bis zum 7. Januar 1895 (dem 200. Tage nach dem Unfall), nach vergleichsweiser Einigung über die Höhe dieser Entschädigung, gewährt. Der weitere Anspruch des Klägers auf Gewährung einer lebenslänglichen Invaliditäts-Rente dagegen ist von der Beklagten bestritten worden, weil nach dem Gutachten des Prof. Dr. K. völlige Heilung des Klägers zu erwarten sei. Mit Rücksicht hierauf hat der Kläger seiner Quittung über die ihm gezahlte Entschädigung vom 25. April 1895 unter Zustimmung der Beklagten die Worte eingefügt: „Invaliditätsansprüche behalte ich mir vor."

Mit gegenwätiger Klage hat er den Anspruch auf Zahlung einer jährlichen Rente von 260 ℳ vom 8. Januar 1895 an für seine übrige Lebenszeit vor Gericht geltend gemacht.

Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage, indem sie gegen dieselbe Folgendes einwendet:

1. Der dem Kläger widerfahrene Unfall, von dem sie zugebe, daß er an sich unter den Versicherungsvertrag falle, habe voraussichtlich eine lebenslängliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft des Klägers nicht zur Folge; es liege daher kein Invaliditätsfall im Sinne von § 12 B der Versicherungsbedingungen vor. Wenn aber ein solcher anzuerkennen wäre, sei wenigstens die geforderte Rente zu hoch.

2. Die Entscheidung über diese Streitpunkte sei durch § 13 der Versicherungsbedingungen dem ordentlichen Rechtswege entzogen. Der Kläger habe unter Wahrung der vereinbarten Fristen die Entscheidung des nach § 13 einzusetzenden

Schiedsgerichts anzurufen gehabt. Durch Versäumung der Fristen habe er auf die weitere Geltendmachung seiner Ansprüche verzichtet.

Diesen Einwendungen ist der Kläger entgegengetreten.

In erster Instanz ist die Beklagte verurtheilt worden, dem Kläger 213 ℳ 34 ₰. (auf die Zeit vom 8. Januar 1895 bis Ende März 1896) zu zahlen, ferner vom 1. April 1896 an eine Jahresrente von 173 ℳ 33 Pf. in vierteljährlichen, am ersten Tage eines jeden Kalendervierteljahres im Voraus fälligen Theilbeträgen in Höhe von einmal 43 ℳ 34 ₰. und dreimal je 43 ℳ 33 ₰. zu gewähren und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Die Verurtheilung zur Zahlung von 213 ℳ 34 ₰. ist vorläufig vollstreckbar.

Die gegen dieses Urtheil von der Beklagten erhobene Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Von der Beklagten ist nicht behauptet worden, daß der Rechtsweg im öffentlichen Interesse durch gesetzliche Vorschriften ausgeschlossen sei. Ihr Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist daher nicht als eine prozeßhindernde Einrede im Sinne von § 247 Nr. 2 der C.P.O. zu betrachten. Es handelt sich vielmehr um die Geltendmachung eines vertragsmäßigen Verzichts auf die Beschreitung des Rechtswegs.

Ein solcher Verzicht kann verschiedene Bedeutung haben. Die Vereinbarung eines schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne von § 851 flg. der C.P.O. liegt nicht vor. Das schiedsrichterliche Verfahren beruht auf einem Schiedsvertrage d. h. einer Vereinbarung, daß eine Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden solle (§ 851). Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils (§ 866). Seine Aufhebung kann daher nur durch eine der Nichtigkeits- und Restitutionsklage entsprechende Klage herbeigeführt werden (§ 867). Diese Klage ist vor dem zuständigen Gerichte zu erheben (§ 871). Hinsichtlich des Verfahrens gelten dabei die allgemeinen Bestimmungen. — § 13 der Versicherungsbedingungen hat etwas Anderes im Sinne.

Nach § 13 entscheidet über gewisse Fragen die Direktion der Gesellschaft auf Grund ärztlicher Begutachtung; eine solche Entscheidung kommt rechtlich auf eine Handlung für die Gesellschaft, auf eine Parteiverfügung hinaus. Findet sich der Versicherte dadurch beschwert, so muß er nach § 13 innerhalb bestimmter Fristen eine weitere Entscheidung durch eine besondere Kommission beantragen, widrigenfalls der Verzicht des Versicherten auf jeden Einwand und auf den Rechtsweg gegen die Entscheidung der Gesellschaft als festgestellt gilt. Die Berufung der Kommission erfolgt, von einem selbstverständlichen Ausnahmefalle abgesehen, spätestens binnen Jahresfrist vom Unfalle an gerechnet durch die Gesellschaft. Der Ausspruch der Majorität dieser Kommission ist für beide Theile in Beantwortung der ihr vorgelegten Fragen endgiltig, so daß der Rechtsweg in dieser Beziehung keinem Theile mehr zusteht.

§ 13 der Versicherungsbedingungen regelt nicht, wie dies der Schiedsvertrag thut, die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, sondern die Beantwortung folgender Fragen: „ob der Tod oder die Invalidität und resp. in welchem Grade letztere, soweit dieser Grad nach den Bestimmungen des § 12 B nicht von selbst (absolut) festgestellt ist, — ebenso, in welchem Grade und auf welche Zeit die Erwerbsunfähigkeit während der Kurzeit — als direkte Folge des Unfalls zu entschädigen ist, weiter die Bestimmungen des Grades der Gebrauchsfähigkeit nur theilweise verlorener, verstümmelter oder gelähmter Gliedmaßen resp. Organe, sowie endlich die Feststellung „ob und in welchem Grade der Rentenempfänger später wieder erwerbsfähig geworden ist". Diese Fragen sind sämmtlich thatsächlicher Natur.

Sofern die Vorschriften des § 13 die Bedeutung haben, daß eine Ersatzverbindlichkeit der Beklagten nur unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen eintreten soll, haben sie an dem Verfügungsrechte der Parteien über den Gegenstand des Vertrages ihren Grund und gehören dem Gebiete nicht des Prozeßrechts sondern des materiellen Rechtes an, das über ihre Zulässigkeit entscheidet (Art. 1 des H.G.B.'s);

zu vergl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. II S. 311 Bd. VI S. 190, 201, Bd. XX S. 402, Bd. XXIV S. 357 flg. Bd. XXIX S. 319.

Derartige Vorschriften bilden eine Ausnahme von der Regel, daß alle (thatsächlichen und rechtlichen) Elemente eines Anspruchs der richterlichen Beurtheilung unterliegen. Sie haben Verzichtsnatur und sind schon deshalb — unbeschadet aller Rücksichtnahme auf die Vorschriften in Art. 278 flg. des H.G.B.'s — streng auszulegen. Als weiterer selbständiger Grund kommt hinzu, daß es sich um Versicherungsbedingungen handelt, und daß deren Auslegung im Falle eines etwa möglichen Zweifels in dem für den Versicherungsnehmer günstigeren Sinne zu erfolgen hat (vergl. Entsch. des R.G.'s Bd. XVIII S. 142 flg.). Dies ist im vorliegenden Falle um so mehr geboten, als der mehrerwähnte § 13 eine ganze Reihe von Bestimmungen in einer Weise zusammenfaßt, welche die geistige Auffassungs- und Unterscheidungskraft des Klägers, eines gewöhnlichen Handwerkers in einer kleinen Provinzialstadt, voraussetzlich weit übersteigt.

Die Entscheidung über das Versicherungsverhältniß selbst, vom Eintritte eines Unfalles abgesehen, ist durch § 13 der richterlichen Beurtheilung nicht entzogen. Dasselbe gilt von der gegenwärtig nicht streitigen Frage, ob ein Unfall im Sinne des Versicherungsvertrages vorliegt. Hiergegen ist die Frage der schiedsmännischen Feststellung unterworfen, ob sich die Invalidität als „direkte Folge des Unfalls" darstellt und als solche zu entschädigen ist.

Zweifelhaft erscheint hierbei, ob die Frage der Invalidität selbst, vom ursachlichen Zusammenhang abgesehen, zugleich der Entscheidung der Schiedsmänner hat unterworfen werden sollen. Für das Gegentheil spricht, daß die Frage, ob der Tod des Versicherten eingetreten ist, in § 12 Abs. 2 geregelt und daher

durch § 13 nicht getroffen wird. Bestreitet die Gesellschaft den Eintritt des Todesfalls, so hat der Rechtsnachfolger des Versicherten dessen Tod zu beweisen. Die Beweisfrage unterliegt der richterlichen Beurtheilung. Das Gleiche muß im Zweifel vom Beweise des Eintritts der Invalidität gelten.

Mit dieser Auffassung stimmen die §§ 15 und 23 überein. § 15 unterscheidet zwischen der „Entscheidung über den wirklichen Invaliditätsfall und der Invaliditätsfeststellung", der Feststellung des Grades der Invalidität. § 23 aber bestimmt, daß alle nicht innerhalb sechs Monaten nach .... Ablehnung einer Entschädigung .... von dem Versicherungsnehmer oder dessen Rechtsnachfolger vermittelst vollständiger Klage vor den zuständigen Richter gebrachten und ununterbrochen bis zur Erwirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses verfolgten Ansprüche an die Gesellschaft .... durch den bloßen Ablauf dieser Frist erlöschen.

Der in § 23 gegebenen Vorschrift ist der Kläger durch seine Klagerhebung nachgekommen. Der Antrag auf gänzliche Klagabweisung ist daher ungerechtfertigt.

Fraglich bleibt dabei nur, ob nicht gleichwohl die thatsächlichen Voraussetzungen des Klaganspruchs nach Maßgabe des § 13 zu einem Theile vom ordentlichen Richter, zum andern von Schiedsmännern festzustellen sind;

vergl. Jurist. Wochenschr. vom Jahre 1893 S. 424[7], vom Jahre 1895 S. 60[8].

Dagegen spricht indessen im vorliegenden Falle die innere Wahrscheinlichkeit. Die Frage des Kausalzusammenhangs zwischen Unfall und Invalidität kann, wenn die Invalidität selbst als bestehend anerkannt wird, recht wohl besondere Feststellung vorbehalten bleiben. Ist aber streitig, ob dauernde Schmälerung der Erwerbsfähigkeit vorliegt, so läßt sich die Entscheidung hierüber kaum von der Feststellung des Kausalzusammenhangs trennen. Ebenso würde eine Scheidung der Frage, ob Invalidität durch den Unfall herbeigeführt worden sei, von der Frage nach dem Grade der verursachten Erwerbsunfähigkeit solchenfalls ganz unzweckmäßig sein.

Die Vorschrift des § 21 steht dieser Auffassung nicht im Wege. Dort ist nur ausgesprochen, daß die Feststellung der Höhe der Entschädigung der richterlichen Entscheidung über die Entschädigungspflicht nicht präjudiziert. Und wenn auch § 21 allem Anscheine nach den ordentlichen Richter an eine bereits vorliegende Feststellung der Höhe der Entschädigung gebunden wissen will, so bleibt doch die Frage offen, wie es gehalten werden soll, wenn es wegen Ablehnung jeder Entschädigung für eingetretene Invalidität zu einer solchen Feststellung nicht gekommen ist. Im Zweifel steht insoweit dem Kläger wiederum die Vorschrift des § 23 zur Seite, welche vollständige Klagerhebung, d. h. eine die Elemente des Klaganspruch vollständig, ohne Rücksicht auf § 13 der richterlichen Beurtheilung unterstellende Klage verlangt. —

Es wird dann weiter ausgeführt, daß der Beweisannahme der vorigen In-

stanz, es sei durch den Unfall der linke Arm und die linke Hand des Klägers zu zwei Drittheilen gebrauchsunfähig geworden und es werde diese Minderung der Arbeitsfähigkeit lebenslänglich dauern, beizutreten, sowie daß die Höhe der Rente im angefochtenen Urtheile richtig berechnet ist.

Vollstreckungsurtheil aus einem Schiedsspruche, Ungültigkeit des letzteren, Zuständigkeit des Schiedsgerichts, Hamburger Recht. §§ 865, 867 der C.P.O. § 43 des Hamburger Einführungsgesetzes zum D. H.G.B. vom 22. Dezember 1865.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 28. November 1893. O. IV. 226/92.

Der Kläger hat als alleiniger Inhaber der Firma St. & Co. in Altona beantragt, durch Vollstreckungsurtheil die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem von ihm gegen den Beklagten erwirkten Schiedsspruch des Vorstandes des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse vom 30. Mai 1892 auszusprechen, inhalts dessen der Beklagte verurtheilt worden ist, an ihn den Betrag von 1800 ℳ zu zahlen und die Kosten des Schiedsspruches mit 150 ℳ zu tragen.

Der Beklagte hat die Gültigkeit der Vereinbarung auf das Schiedsverfahren sowie die Zuständigkeit des Schiedsgerichts bestritten und Abweisung der Klage beantragt.

In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden. Das Urtheil wurde dahin abgeändert:

„Die Zwangsvollstreckung aus dem zwischen den Parteien erlassenen Schiedsspruche des Vorstandes des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse vom 30. Mai 1892, inhalts dessen der Beklagte verurtheilt worden ist, dem Kläger Ein Tausend Achthundert Mark zu zahlen und die Kosten des Schiedsspruchs mit Einhundert und Fünfzig Mark zu tragen, wird für zulässig erklärt, der Beklagte wird auch verurtheilt, die durch den gegenwärtigen Rechtsstreit erwachsenen Kosten — einschließlich derjenigen der Berufungsinstanz — zu tragen."

Der nähere Sachstand ergiebt sich aus den folgenden Entscheidungsgründen:

Der Schiedsspruch, dessen Vollstreckbarkeit vom Kläger beantragt wird, entspricht seiner Form nach den Erfordernissen in § 865 C.P.O. Er ist unter Beifügung des Tages der Abfassung von sämmtlichen Schiedsrichtern unterschrieben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterzeichneten Ausfertigung zugestellt und nach Einverständniß der Parteien nebst den Zustellungsurkunden auf der Gerichtsschreiberei des Landgerichts Dresden niederlegt worden.

Daß dem Schiedsspruche keine Entscheidungsgründe beigefügt sind, bildet nach dem Schlußsatze von § 867 der C.P.O. keinen Grund für dessen Aufhebung,

weil es nach § 6 des für das Schiedsgericht geltenden Reglements*), nach welchem vereinbarungsgemäß die Entscheidung zu erfolgen hatte, einer Angabe von Entscheidungsgründen nicht bedarf.

Wenn der Beklagte gegen das Schiedsverfahren überhaupt einwendet, der Hamburger Mäkler Ferdinand S., welcher das streitige Geschäft für ihn mit dem Kläger abgeschlossen hat, sei nicht ermächtigt gewesen, so, wie er es im Schlußscheine vom 14. März 1892 gethan hat, sich für ihn dem Schiedsspruche des Vorstands des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse zu unterwerfen, so ist er mit diesem Einwande schon deshalb nicht zu hören, weil er geständigermaßen nach Mittheilung des fraglichen Schlußscheins den Kläger mittelst Briefes vom 23. März 1892 aufgefordert hat, den für ihn gekauften Roggen an Eugen R. in Hamburg abzuliefern, und weil er den Roggen später in der That durch die Firma Eugen R. beim Kläger abgenommen, hierdurch aber das von S. für ihn abgeschlossene Geschäft unzweideutig genehmigt hat. Hierbei kommt nichts darauf an, ob er das im Schlußscheine erwähnte Reglement des dort bestimmten Schiedsgerichts gekannt hat, denn durch die Genehmigung des Geschäfts selbst hat er sich auch mit dem einen integrirenden Theil des Abschlusses bildenden Schiedsvertrage einverstanden erklärt und einem eventuell nach dem darin angezogenen Reglement zu erlassenden Schiedsspruche im Voraus unterworfen.

Ebenso unbegründet sind die Einwendungen des Beklagten gegen die Zuständigkeit des Schiedsgerichts.

Der Schiedsspruch ist von dem Vorstande des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse erlassen worden. Nach den auf dem Schlußscheine abgedruckten und nach dessen Inhalt für das abgeschlossene Geschäft maßgebenden Usancen sind alle Gewichts- und Qualitätsdifferenzen durch die vom Vorstande des gedachten Vereins ernannte Sachverständigen-Kommission, Differenzen anderer Art aber vom Vorstande des Vereins selbst — und zwar von beiden nach Maßgabe ihrer der Zeit geltenden Reglements — endgültig zu entscheiden.

Bei der dem jetzt in Frage stehenden Schiedsspruche zu Grunde liegenden Differenz hatte der Beklagte zwar eingewendet, der vom Kläger gelieferte Roggen sei in ungesundem Zustande in Altona angekommen, dieser Einwand begründete aber, da der Beklagte damit nach Ansicht des Schiedsgerichts**) überhaupt nicht zu hören war, keine Qualitätsdifferenz im Sinne der im Schlußscheine angezogenen Usancen. Denn aus dem vom Kläger vorgelegten und vom Beklagten anerkannten Reglement für die Sachverständigen-Kommission des Vereins der Ge-

*) Gemeint ist das Reglement für Entscheidungen durch den Vorstand des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse.

**) Die als Zeugen abgehörten Schiedsrichter hatten ausgesagt, daß ihrer Ansicht zufolge, nachdem die Waare in Hamburg-Altona, also vom Lieferungsorte, von dem Beauftragten des Käufers empfangen worden, Monituren wegen der Qualität überhaupt ausgeschlossen gewesen seien.

treidehändler der Hamburger Börse geht hervor, daß diese Kommission sich lediglich mit der Feststellung des Gewichts und der Qualität der Waare — also ihres thatsächlichen Zustandes — nach deren vorheriger Besichtigung zu befassen hat, daß ihre Aufgabe also in der blosen Abgabe eines Schiedsgutachtens (arbitratio), nicht in dem Erlasse eines Schiedsspruchs (arbitrium) besteht,

zu vergl. Weißmann im Archiv für civilist. Praxis Bd. 72 S. 269 flg., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 24 S. 412.

Eine solche Begutachtung der Waare war aber dann ganz unnöthig, wenn das Schiedsgericht (dasselbe Kollegium, welches nach dem Schiedsvertrage die Sachverständigen-Kommission zu ernennen hatte) dem Kläger darin Recht gab, daß der Beklagte mit seinen Ausstellungen gegen die Beschaffenheit der Waare überhaupt nicht mehr zu hören sei. Da es sich bei dieser Replik des Klägers, über welche der Natur der Sache nach zunächst entschieden werden mußte, nicht um die Feststellung einer Thatfrage — des Zustandes der Waare —, sondern um eine reine Rechtsfrage handelte, lag nicht sowohl eine vom Sachverständigen zu erörternde Qualitätsdifferenz, sondern eine Differenz anderer Art im Sinne der mehrerwähnten Usancen vor, über die vom Vorstande des Vereins der Getreidehändler der Hamburger Börse als wirklichen Schiedsrichtern zu entscheiden war. Diese Auffassung muß um so mehr als dem Sinne der gedachten Usancen entsprechend angesehen werden, als nach Hamburger Rechte überhaupt

zu vergl. das Hamburger Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch vom 22. Dezember 1865 § 43 und Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 155 flg. sowie die dort citirten Rechtslehrer und Entscheidungen

in der Regel schon durch den Empfang der Waare seiten des Käufers weitere Einwendungen gegen deren Beschaffenheit ausgeschlossen werden.

Wenn der Beklagte endlich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts deshalb bestreitet, weil die Handelsniederlassung des Klägers sich in Altona befindet und derselbe daher dort zu erfüllen gehabt habe, deshalb aber kein Hamburger loco-Geschäft vorliege, so ist zunächst aus dem Reglement des Schiedsgerichts nicht zu erkennen, daß sich dessen Kompetenz nur auf loco-Geschäfte beschränken soll. Aus dem Schlußscheine aber geht deutlich hervor, daß die Parteien das vorliegende Geschäft jedenfalls als ein Hamburger loco-Geschäft behandelt wissen wollten und daß nach ihrem Vertragswillen die bei einem solchen Geschäft geltenden Usancen, insbesondere auch die auf das Schiedsgericht bezüglichen, auf den von ihnen geschlossenen Kauf Anwendung finden sollten. Hierzu kommt noch, daß Hamburg und Altona im Handelsverkehr in der Regel als ein einheitlicher Handelsplatz angesehen werden,

zu vergl. die Hamburger Verordnung, die Einführung der deutschen Wechselordnung betr. vom 5. März 1849 §§ 8—10; die Preuß. Verordnung, die Einführung der deutschen Wechselordnung für Schleswig-

Holstein betr. vom 13. Mai 1867 §§ 7—10; das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869 § 3; das Bundesgesetz vom 10. Juni 1869 § 24, Ziffer 1 und die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 23. Juni 1871

und daß auch die Parteien im vorliegenden Falle durch die Klausel im Schlußschein:

„Lieferung nach Hamburg-Altona"

sich dieser regelmäßigen Auffassung angeschlossen haben.

Da somit die Einwendungen des Beklagten gegen den Schiedsspruch sich als unbegründet herausstellen, war dem Berufungsantrage entsprechend die Vollstreckbarkeit dieses Schiedsspruchs auszusprechen.

Ist für die Klage nach § 686 der C.P.O. Beginn der Zwangsvollstreckung Erforderniß oder genügt drohende Zwangsvollstreckung? Geltendmachung von Kompensationsansprüchen durch Klage nach § 686 der C.P.O. gegenüber dem durch Kostenfeststellungsbeschluß festgestellten Anspruche auf Erstattung von Prozeßkosten. (§§ 685, 702, Z. 3, 703, 705 Abs. 4, § 89 der C.P.O.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 12. Juni 1897. D. 60/97.

Dem Beklagten steht gegen die Klägerin, seine geschiedene Ehefrau, aus dem im Scheidungsprozesse ergangenen Kostenfestsetzungsbeschlusse des Landgerichts zu Leipzig vom 24. November 1896 eine Kostenforderung von 141 ℳ 85 ₰ zu. Vor wie nach Erlaß des Festsetzungsbeschlusses, von welchem dem Beklagten am 26. November 1896 vollstreckbare Ausfertigung ertheilt worden ist, hat die Klägerin dem Beklagten erklärt, daß sie gegen die Kostenforderung mit einem Gegenanspruche von 182 ℳ aufrechne, nach welcher Höhe der Beklagte mit den ihr im Wege einstweiliger Verfügung für die Dauer des Ehestreites zugesprochenen Unterhalts- und Wohnungsgeldern in Rückstand verblieben sei. Nachdem der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten im Vorprozesse, Rechtsanwalt K. der Aufrechnung widersprochen hatte, hat die Klägerin durch Beschluß des Prozeßgerichts vom 1. Dezember 1896 die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse gemäß § 688 C.P.O. erwirkt, weiter aber Klage aus § 686 dieses Gesetzes mit dem Antrage erhoben, Beklagten zur dauernden Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie zur Herausgabe des Festsetzungsbeschlusses an die Klägerin zu verurtheilen, das Urtheil auch für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Dabei war zwar die Zwangsvollstreckung aus dem Festsetzungsbeschlusse im Klaggesuche als eine bereits eingeleitete bezeichnet; es bestand aber in voriger Instanz Einverständniß der Parteien darüber, daß der Beklagte Schritte zur zwangsweisen Beitreibung der festgesetzten Kosten noch nicht unternommen hat. Die zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung ist im Rechtsstreite nur nach Höhe von

12 ℳ bestritten worden. Der Beklagte vertheidigt sich damit, daß die Klage aus § 646 C.P.O. den wirklichen Beginn der Zwangsvollstreckung voraussetze und daß Klägerin die Gegenforderung schon im Vorprozesse hätte geltend machen müssen.

Die vorige Instanz hat die Klage abgewiesen, indem sie den ersteren Einwand des Beklagten für durchschlagend erachtet.

Dieses Urtheil wird von der Klägerin mit der Berufung angefochten. Sie hält das Verlangen der Herausgabe des Schuldtitels und der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils nicht weiter aufrecht, sondern giebt ihrem Antrage nunmehr die Fassung, die Zwangsvollstreckung aus dem Festsetzungsbeschlusse für unstatthaft zu erklären und die Kosten des Rechtsstreits einschließlich derjenigen des Einstellungsbeschlusses vom 1. Dezember 1896 dem Gegner aufzuerlegen. Vom Beklagten wird der Gegenantrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels gestellt.

Die Klägerin findet die Erfordernisse der Klage durch das der Aufrechnung widerstrebende Verhalten des Beklagten gedeckt. Denn wenn dieser, nachdem ihm die Klägerin am 9. November 1896 die Aufrechnungserklärung zugestellt habe, am 19. November durch seinen Anwalt mittheilen lasse, daß er die Aufrechnung nicht genehmige, die Kostenfestsetzung betreibe und es dahin bringe, daß der Festsetzungsbeschluß am 26. November 1896 der Klägerin zugestellt werde, er selbst aber eine vollstreckbare Ausfertigung desselben erhalte, so liege darin der Beginn mit der zwangsweisen Durchführung der Kostenentscheidung des Vorprozesses.

Der Beklagte tritt dieser Auffassung unter Zugeständniß der ihm zu Grunde gelegten Thatsachen entgegen, wiederholt, daß er nie Anstalten getroffen habe, den Festsetzungsbeschluß zu vollstrecken, und erklärt, daß er auch für die Zukunft hierauf keinen Anspruch erhebe, da er der Aufrechnung, die ja von seiner Einwilligung unabhängig sei, nicht widerspreche. In jedem Falle treffe die Klägerin die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten, da sie mit ihrem ursprünglichen Klagantrage zuviel und etwas der wirklichen Sachlage nicht Entsprechendes gefordert habe. Das erstinstanzliche Urtheil wurde — unter Verurtheilung des Beklagten zur Tragung der Kosten beider Instanzen — dahin abgeändert:

Die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschlusse der 1. Civilkammer des L.G.'s zu L. vom 24. November 1896 wird für unzulässig erklärt.

Die Gründe lauten:

Der Klägerin kann zwar nicht in der Annahme beigepflichtet werden, daß das vom Beklagten beobachtete Verhalten bereits einen Beginn der zwangsweisen Beitreibung der Kosten enthalten habe. Denn die Aufgabe des Kostenfestsetzungsverfahrens bestand lediglich darin, den durch das Urtheil seinem Grunde nach feststehenden Anspruch auf den Prozeßkostenersatz noch seinem Betrage nach festzustellen; zur Zwangsvollstreckung selbst konnte erst nach Erlaß des Festsetzungsbeschlusses auf Grund der dazu ertheilten Vollstreckungsklausel durch Anrufung der Organe der Zwangsvollstreckung geschritten werden, zu welcher es unbestritten nicht gekommen ist.

Beschwerlich aber ist es für die Klägerin, wenn die vorige Instanz für die Klage nach § 686 C.P.O. das Erforderniß einer schon begonnenen Zwangsvollstreckung aufstellt. Diese, wie zuzugeben ist, verbreitete Ansicht

man vergl. die Kommentare zur C.P.O. von Gaupp 2. Aufl., 2. Bd. S. 370 bei Note 21; von Wilmowski und Levy 7. Aufl. S. 986 Anm. 3; Seufferts Archiv Bd. 39 Nr. 271; Fitting, der Reichscivilprozeß, 8. Aufl. S. 703 Nr. 6

ist bereits vom Reichsgerichte gemißbilligt worden,

vergl. Juristische Wochenschrift 1895 S. 517 Nr. 1.

Das Reichsgericht führt aus, daß weder die Fassung des Gesetzes noch die Natur des Rechtsverhältnisses für die einengende Auslegung irgend welchen Anhalt gebe, daß es vielmehr genügen müsse, wenn die Zwangsvollstreckung dem Schuldner drohe. Das Berufungsgericht trägt um so weniger Bedenken, sich dieser Auffassung anzuschließen, als die rechtzeitige Erhebung der Klage bei der gegentheiligen Voraussetzung in vielen Fällen, bei denen die Zwangsvollstreckung alsbald beendet ist, namentlich wenn baares Geld durch den Gerichtsvollzieher gepfändet und in Besitz genommen wird, zur Unmöglichkeit werden würde.

vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 32 S. 395; Reincke, C.P.O. 3. Aufl. S. 696.

Nicht von Einwendungen „gegen die Zwangsvollstreckung", wie das angefochtene Urtheil meint, redet der Wortlaut des § 686, sondern schlechthin von Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch betreffen, und ebensowenig bietet die Entstehungsgeschichte des Gesetzes einen bestimmten Aufschluß im Sinne der Vorinstanz. Die Motive

Ausgabe von Kortkampf S. 561 flg.

behandeln zwar die Einwendungen nach § 686 gemeinsam mit denjenigen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§§ 668, 687) und den Anträgen, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das dabei zu beobachtende Verfahren betreffen (§ 685) in einem „Die Einwendungen in der Zwangsvollstreckung" überschriebenen Kapitel. Hiermit hat aber, was gleichermaßen von ähnlichen Benennungen in den Kommissionsberathungen gilt, nur im Allgemeinen die Richtung der Einwendungen gegen die formelle oder materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bezeichnet werden sollen; dies ergiebt sich insbesondere aus der Erstreckung auf die Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel, hinsichtlich deren eine Beschränkung auf eine schon schwebende Vollstreckung überhaupt nicht in Frage kommt; jede der drei Arten von Einwendungen wird übrigens in dem Kapitel in einem besonderen Abschnitte erörtert und nur hinsichtlich der Einwendungen im Sinne des § 685 die Voraussetzung ausgesprochen, daß sie, was ihrer Natur nach zum mindesten die Regel bilden wird, nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens erhoben werden.

(angezogene Motive S. 561 unter II.)

Wenn endlich die Motive von dem Einflusse der Einwendungen auf „den Fortgang" des Vollstreckungsverfahrens sprechen, (S. 562) so geschieht dies nur gelegentlich der Begründung der Anforderungen, welche an die Art des den vorläufigen Schutz des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung bedingenden Beweises zu stellen sind; die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Einwendungen selbst sind hierbei nicht in Frage.

Genügt es nach dem Vorstehenden zur Klage nach § 686, daß die Zwangsvollstreckung dem Schuldner droht, so war dieses Erforderniß im vorliegenden Falle unbedenklich gegeben. Denn der von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten erklärte Widerspruch gegen die Aufrechnung ließ die Befürchtung aufkommen, daß der Beklagte von der formellen Vollstreckbarkeit des Festsetzungsbeschlusses ohne Rücksicht auf den Gegenanspruch Gebrauch machen werde.

Unbeachtlich ist ferner der Einwand, welcher aus der beschränkenden Vorschrift in § 686 Abs. 2 der C.P.O. hergeleitet wird. Im Vorprozesse konnte die Kompensation schon aus dem Grunde nicht erklärt werden, weil der Kostenanspruch des Beklagten erst durch das die Kostenfolge aussprechende Läuterungsurtheil vom 25. September 1895 zur rechtlichen Entstehung gelangt ist, ihm gegenüber also eine Replik der Aufrechnung noch nicht denkbar war. Im Kostenfestsetzungsverfahren aber, welches, wie schon erwähnt, den Kostenanspruch nur zur Ziffer zu bringen hat, werden materiell-rechtliche Einreden überhaupt nicht gehört; dem Schuldner bleibt daher, falls der Anspruch selbst, sei es durch Zahlung, sei es durch Kompensation getilgt ist, nur der Weg der Klage nach § 686 der C.P.O. offen.

Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 13 S. 360 flg.

Diesen Weg muß der Schuldner aber auch betreten können, obgleich es für Kostenfestsetzungsbeschlüsse als einer unter § 702 Ziffer 3 der C.P.O. fallenden Entscheidung, auf die gemäß § 703 auch § 686 Anwendung findet, an einer die Präclusion von Einwendungen gegen den Anspruch selbst ausschließenden Bestimmung der aus § 707 Abs. 4 der C.P.O. ersichtlichen Art fehlt. Eine solche Bestimmung war entbehrlich, weil aus der dargelegten Natur und Bedeutung des Kostenfestsetzungsverfahrens von selbst folgt, daß eine Präclusion nicht eintreten kann.

Vergl. Reichsgericht in der Jurist. Wochenschr. 1892 S. 11 Nr. 2.

Nach alledem und da schon der unbestrittene Theil des Gegenanspruchs die Kostenforderung des Beklagten übersteigt, stellt sich das Begehren der Klägerin, die Zwangsvollstreckung aus dem Festsetzungsbeschlusse vom 24. November 1896 für unstatthaft zu erklären, als begründet dar. Es war daher dem Berufungsantrage gemäß unter Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils zu erkennen.

Die Folge hiervon ist die Verurtheilung des Beklagten zur Tragung der Kosten beider Instanzen einschließlich derjenigen des Einstellungsbeschlusses vom

1. Dezember 1896. Der Beklagte würde damit nur haben verschont werden können, wenn er zur Klagerhebung keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hätte (§ 89 der C.P.O.). Beides ist nicht der Fall. Denn er hat, wie gezeigt, die Befürchtung der Vollstreckung des Festsetzungsbeschlusses durch sein Verhalten hervorgerufen, sodann aber im Rechtsstreite durch den Antrag auf Abweisung der Klage und Zurückweisung der Berufung jederzeit einen ablehnenden Standpunkt eingenommen. Der Anspruch in seiner jetzigen Fassung ist derselbe wie der ursprüngliche, nur in der Fassung in einem unwesentlichen Punkte berichtigt (soweit von einer bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung die Rede war) und zum Theil (durch Abstandnahme vom Verlangen der Herausgabe des Schuldtitels) in einer nach § 88 der C.P.O. für die Kostenentscheidung einflußlosen Richtung beschränkt; im übrigen kommen beide Anträge sachlich auf das Nämliche, die Hemmung der Zwangsvollstreckung hinaus, die auch, wenn letztere erst bevorstand, als Einstellung bezeichnet werden konnte;

vergl. Reichs-Gerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 32 S. 395.

Die incorrecte Fassung des Klagantrags durfte den Beklagten nicht abhalten, den Anspruch, so, wie er wirklich gemeint war, anzuerkennen, statt, wie gleichwohl geschehen ist, seine Bekämpfung bis in die Berunfungsinstanz und auch noch nach geschehener Richtigstellung festzuhalten.

Freigabe gepfändeter Sachen aus dem Pfandnexus seitens des betreibenden Gläubigers auf Intervention eines Dritten. Klage gegen den Gerichtsvollzieher.

Urtheil des O.L.G.'s Kiel vom 18. März 1897. U. 138/96.

Der Gerichtsvollzieher H. in Altona hat bei dem p. Th. im Auftrage eines Gläubigers desselben verschiedene Sachen gepfändet, darunter einen Wagen; letzteren hat er gegen Platzmiethe bei einem Privatmann eingestellt, die übrigen in seinem Pfandlokal untergebracht. Nachher sind dieselben Gegenstände auf Betrieb von drei weiteren Gläubigern des Th. nachgepfändet. Der Flaschenbierhändler S. hat das Eigenthum an den gepfändeten Gegenständen in Anspruch genommen; auf seine Intervention haben die vier Gläubiger die Pfänder Anfangs September 1896 freigegeben. Bevor der Schuldner über die Sachen verfügt hat, ist er Mitte September verschwunden. Der Gerichtsvollzieher hat dem S. die Ausantwortung der Sachen verweigert, worauf dieser gegen ihn auf Herausgabe Klage erhoben hat. Die Klage ist vom Landgericht Altona abgewiesen, da Kläger nicht empfangsberechtigt im Sinne des § 88 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher sei und Beklagter weder das Recht noch die Pflicht habe, das angebliche Eigentum des Intervenienten zu prüfen, vielmehr durch Herausgabe der Sachen sich dem Schuldner oder sonstigen Berechtigten gegenüber haftbar mache.

Die Berufung des Klägers gegen dieses Urtheil ist zurückgewiesen.

Gründe:

Sowohl nach dem Antrage wie dem übrigen Vorbringen des Klägers in erster Instanz ist von ihm dort die Eigenthumsklage erhoben, also eine Klagänderung in dieser Instanz nicht vorgenommen. Auch ist durch die in dieser Instanz vernommenen Zeugen theilweise voll bekundet, theilweise jedenfalls wahrscheinlich gemacht, daß Kläger die in Rede stehenden Sachen in der von ihm angegebenen Weise gekauft und tradirt erhalten, wie daß er sich bei dem späteren Verkaufe an Th. das Eigenthum bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises vorbehalten hat. Dessenungeachtet erschien die Klageabweisung begründet, weil die Eigenthumsklage dem Beklagten als Gerichtsvollzieher gegenüber unzulässig ist. Beklagter hat in dieser Eigenschaft als Beamter im Auftrage von Gläubigern des Th. die Sachen bei diesem gepfändet und in Besitz genommen. Nachdem die Gläubiger sie freigegeben hatten, waren sie von ihm gemäß § 88 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher dem Schuldner oder sonstigen Empfangsberechtigten ungesäumt zur Verfügung zu stellen; an den Ort, wo sie gepfändet waren, zurückzuliefern waren sie danach nicht. Durch die Freigabe der Sachen wurde lediglich die Pfändung seitens der Gläubiger beseitigt und standen daraufhin die Sachen zunächst dem Schuldner wieder zu; über die Berechtigung eines Dritten zur Empfangnahme ergiebt sich daraus nichts, ebenso wie auch durch ein gegen den pfändenden Gläubiger ohne Zuziehung des Schuldners ergangenes Urtheil nur die Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers beseitigt, zwischen dem Dritten und dem Schuldner aber nichts entschieden wird. Das zwischen dem Schuldner und dem Dritten bestandene materielle Rechtsverhältniß zu prüfen und dadurch die Empfangsberechtigung des Dritten festzustellen, ist der Gerichtsvollzieher weder zuständig, noch in der Lage; auch durch ein gerichtliches Urtheil gegen ihn würde den Rechten des Schuldners, der nicht Prozeßpartei gewesen, nicht präjudizirt sein, der Schuldner würde sich immerhin bezüglich der Herausgabe an den Gerichtsvollzieher wenden können. Hieraus folgt, daß Kläger sein Eigenthum und den hierauf gerichteten Anspruch auf Herausgabe der Sachen nur gegen den Schuldner Th., für den, solange kein Anderer als empfangsberechtigt legitimirt ist, die Sachen detinirt werden, verfolgen kann und nur auf Grund einer von diesem ertheilten Ermächtigung oder eines gegen ihn ergangenen Urtheils auf Herausgabe dieser vom Beklagten verlangen kann, die im Falle der Verweigerung vom Vollstreckungsgericht zu erzwingen wäre,

vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 34 S. 381.

Denn solange der Gerichtsvollzieher die Sachen noch nicht in Gemäßheit des § 88 der Geschäftsanweisung zur Verfügung gestellt hat, erscheint die Zwangsvollstreckung nicht beendigt, dies noch erforderlich behufs völliger Beendigung der Zwangsvollstreckung; die Fassung des § 88 flg. kann nicht zu anderweiter Beurtheilung veranlassen.

Unter diesen Umständen kommt überhaupt nicht in Betracht, ob Frau Th.

und Zeugen dem Beklagten bei der Pfändung gesagt haben, die Sachen gehörten dem Kläger ganz abgesehen davon, daß diese keine Verfügung darüber zu treffen hatten, ebensowenig ob Beklagter früher zur Herausgabe der Sachen gegen Erstattung der Lagerungskosten bereit gewesen ist.

Die Berufung war also, da die Klagabweisung gerechtfertigt ist, zurückzuweisen auf Kosten des Klägers nach § 92 der C.P.O.

(Schleswig-Holsteinsche Anzeigen 1897, S. 164, 165.)

§ 467 Abs. 2 der C.P.O. ist nur im Falle des § 467 Abs. 1, nicht in dem Falle des § 466 der C.P.O. anzuwenden.

Beschluß des R.G.'s II. Civils. vom 3. März 1896. B R. II. 88/96.

Gründe.

Die in § 467 Abs. 2 der C.P.O. enthaltene Vorschrift, nach welcher die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten als ein Theil der bei dem Landgerichte erwachsenen behandelt werden sollen, findet, wie das Reichsgericht bereits in zwei Beschlüssen vom 29. September 1892 und vom 5. Januar 1893 (vergl. Juristische Wochenschrift von 1893 S. 97 Nr. 17) ausgesprochen hat und in der Rechtslehre allseitig anerkannt wird, nur dann Anwendung, wenn die Verweisung an das Landgericht auf Grund von Abs. 1 dieses Paragraphen erfolgte. Dagegen hat das Amtsgericht, wenn die Verweisung in Gemäßheit des § 466 erfolgte, die Klage sonach vor einem an sich unzuständigen Gerichte erhoben wurde, über die Kosten des vor ihm schwebenden Prozesses selbst zu entscheiden und sie dem Kläger ebenso aufzuerlegen, wie wenn eine Verweisung an das Landgericht gar nicht beantragt und deshalb die Klage einfach abgewiesen worden wäre. Der Antrag, die Sache vor das Landgericht zu verweisen, giebt dem Kläger nicht das Recht, sich der Verpflichtung zum Kostenersatze zu entziehen, die ihn deshalb trifft, weil er die Klage vor einem unzuständigen Gerichte erhoben hat. Im vorliegenden Falle hätte hiernach das Amtsgericht die Kosten des bisher geführten Rechtsstreites dem Kläger auferlegen sollen. Da dies nicht geschah, war es Sache des Beklagten, gemäß § 292 der C.P.O. die Ergänzung des ergangenen amtsgerichtlichen Urtheils zu beantragen. Das Landgericht hat nun in seiner Entscheidung die „Kosten des Rechtsstreites" zum Theil dem Kläger, zum Theil dem Beklagten auferlegt, bezüglich der Kosten des vor dem Amtsgerichte geführten Prozesses aber, wie gerechtfertigt war, keine Entscheidung getroffen. Es hat auch nicht etwa in den Entscheidungsgründen bemerkt, unter den Kosten des Rechtsstreites seien auch diejenigen Kosten zu begreifen, welche im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsen seien, was für das Kostenfestsetzungsverfahren allerdings maßgebend wäre. Hiernach hat der Kläger mit Recht geltend gemacht, daß bei der auf Grund des erwähnten Urtheils erfolgten Kostenfestsetzung die Kosten des amtsgerichtlichen Verfahrens nicht zu berücksichtigen seien. Das O.L.G. ist zwar im Allgemeinen von der richtigen Auffassung ausgegangen, daß über die Kosten des amtsgericht-

lichen Verfahrens nach § 466 der C.P.O. vom Amtsgerichte zu entscheiden gewesen wäre. Es hat aber mit Unrecht angenommen, weil dieses Gericht anders verfahren sei, müßten die Kosten nun so behandelt werden, als ob das Landgericht darüber entschieden hätte. Da die Kostenfestsetzung durch das Landgericht trotz der unzutreffenden, durch einen thatsächlichen Irrthum veranlaßten Begründung den gegebenen Verhältnissen entspricht, war nunmehr die dagegen vom Beklagten eingelegte Beschwerde zurückzuweisen. Auch waren diesem nach den §§ 87 und 92 der C.P.O. die Kosten beider Beschwerdeinstanzen aufzuerlegen.

Auszüge aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Wechselprotest. Die Klägerin klagte aus einem von E. H. auf F. Sp. in Hamburg gezogenen, von diesem acceptirten, mit dem Vermerk: zahlbar bei der Vereinsbank in Hamburg versehenen Wechsel gegen den Aussteller. Dieser beanstandete die Formrichtigkeit des Protestes, sein Einwand wurde aber zurückgewiesen: Die Protesturkunde weist aus, daß der Protestbeamte im Auftrage des nach Art. 17 der Wechsel-O. dazu legitimirten Inkassoindossatars den Wechsel an der Zahlstelle „zufolge Zahlungsadresse“ zur Zahlung präsentirt, von dem Direktor der Bank die Erklärung erhalten hat, „Sie seien ohne Auftrag und Deckung,“ und sodann den Wechsel auch in der Wohnung des Bezogenen präsentirt, und da der Bezogene nicht anwesend war, protestirt hat. Der Berufungsrichter entnimmt aus diesem Inhalt der Urkunde selbst, daß nicht gegen die Vereinsbank, sondern gegen den Bezogenen protestirt ist und daß der Bezogene weder in der Bank noch in seiner Wohnung betroffen ist, da der beurkundete Bescheid ergäbe, daß der Bezogene sich in der Bank nicht eingefunden und die Bank nicht instruirt habe. Die gegen diese Auslegung der Urkunde von der Revision erhobenen Angriffe sind nicht gerechtfertigt, obwohl zuzugeben ist, daß der Protest sorgfältiger und korrekter hätte gefaßt werden sollen. Es entspricht dem ordentlichen Geschäftsverkehr, daß der Bezogene, der auf ein fremdes Geschäftslokal als Zahlstelle verweist, Vorkehrung trifft, daß dort von ihm oder für ihn gezahlt oder wenigstens Auskunft gegeben wird. Der Protestbeamte, dem von der berufenen Stelle der als Zahlstelle benannten Bank eine Auskunft wie die beurkundete ertheilt wird, darf nicht nur annehmen, daß der Bezogene nicht anwesend ist, sondern konstatirt durch die Beurkundung der Auskunft zugleich unzweideutig, daß der Bezogene nicht anwesend gewesen ist. Auch der Rückschluß daraus, daß der Protestbeamte den Bezogenen in seiner Wohnung aufgesucht hat, darauf, daß er ihn in der Bank nicht vorgefunden hat, ist nicht zu beanstanden. U. v. 30. 6. 97. I. 110/97.

2. Verabredung zwischen Kaufleuten, daß über ein Abkommen eine Urkunde aufgesetzt werden solle. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß, wenn zwischen Kaufleuten die urkundliche Feststellung eines Abkommens in Aussicht genommen sei, bezüglich der Frage, ob von der Herstellung der Form

das Zustandekommen des Vertrags abhängen solle oder nicht, die in dieser Richtung landesrechtlich etwa bestehenden Vermuthungen nicht Platz zu greifen hätten, vielmehr lediglich der nach Art. 278 des H.G.B.'s zu erforschende Wille der Vertragschließenden maßgebend sei. Die Meinung, Kaufleute hätten in Fällen der bezeichneten Art regelmäßig den Willen, daß sie erst mit Vollziehung der Urkunde gebunden sein sollten, könne nach den Erfahrungen des täglichen Lebens nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Der Standpunkt, von welchem das Berufungsgericht hiernach ausgeht, ist durchaus richtig, vergl. die Kommentare zum Handelsgesetzbuch von Makower, 10. Aufl. S. 355 Anm. e, von Hahn, 2. Aufl. Bd. 2 S. 193 (Anm. zu Art. 317 § 4), Staub, III./IV. Aufl. S. 783 (Bemerkungen zu Art. 317 § 7), Puchelt-Förtsch, IV. Aufl. S. 869 (Anm. 6 zu Art. 317). Daß ein Handelsbrauch im Sinne von Art. 279 des H.G.B.'s bestehe, wonach in Fällen der fraglichen Art der Vertrag erst durch die Herstellung der urkundlichen Form als abgeschlossen gelte, ist von dem Kläger selbst nicht behauptet worden, übrigens ist das Nichtbestehen eines solchen in dem hier in Frage stehenden Bezirke (O.L.G. Dresden) durch die vorstehend miterwähnte Bemerkung des Berufungsgerichts einwandfrei festgestellt. U. v. 10. 5. 97. VI. 457/96.

3. Der Spediteur haftet, sofern nur der Art. 380 des H.G.B.'s in Betracht kommt, nicht wie ein Frachtführer und steht auch nicht für die von ihm gewählten Zwischenpersonen ein. Die Wahl eines Zwischenspediteurs ist ihm, wenn dies nicht vertragsmäßig ausgeschlossen wurde, erlaubt (vergl Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 12 S. 379); er haftet dann regelmäßig, also wenn Sonderbestimmungen nicht in Frage kommen, nur für die von ihm zu vertretende Sorgfalt bei der Auswahl. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte die Koffer an die Speditionsfirma L. & Co. in Bremen gesandt und dieser den Weitertransport aufgetragen. Danach waren L. & Co. Zwischen- (nicht Unter-) Spediteure. Die Wahl von solchen war nicht untersagt, denn ausdrücklich ist dies nicht geschehen und für ein stillschweigendes Verbot liegen irgend welche Anhaltspunkte nicht vor. Es kommen ferner für das Rechtsverhältniß der Parteien nur die allgemeinen Vorschriften über die Spedition, nicht auch die für anders gestaltete Verhältnisse gegebenen Sondervorschriften (Art. 384, 385 des H.G.B.'s) in Betracht. Die Beklagte durfte deshalb L. & Co. beauftragen, so daß nichts darauf ankommt, ob Beklagte dies, wie sie behauptet, thun mußte, weil der Bremer Lloyd Güter von auswärtigen Spediteuren angeblich nicht annimmt. Die Zuverlässigkeit von L. & Co. aber ist unbestritten. Danach kann Beklagte für die Wahl dieser Firma und für deren Handlungen, nämlich für die weitere Beauftragung der Firma B. & Co. in New-York, von der schließlich das geltend gemachte Versehen, falls solches vorliegt, begangen wurde, nicht verantwortlich gemacht werden. Die Revision meint, daß Beklagte den Zwischenspediteuren den Transportweg hätte vorschreiben müssen und beruft sich auf das bei Bolze Praxis Bd. 8 Nr. 437 auszugsweise mitgetheilte Urtheil. Diesem Urtheil liegt jedoch der Sachverhalt zu Grunde, daß der

Spediteur dem Transportweg selbst bestimmt und hierbei eine fehlerhafte Wahl getroffen hatte, während der von der Revision geltend gemachte Grundsatz dort nicht berührt wird. Dieser Grundsatz kann jedoch weder allgemein noch im vorliegenden Falle als zutreffend anerkannt werden. Durfte Beklagte einen Zwischenspediteur annehmen, so durfte sie ihm, wenn nicht besondere Umstände etwas anderes bedingten, auch die Wahl des Weges überlassen. Derartige besondere Umstände liegen indeß nicht vor; insbesondere kann daraus, daß Beklagte ihre Geschäftsbriefe mit dem Aufdruck „Specialität: Internationaler und überseeischer Verkehr" versehen hat nicht gefolgert werden, daß sie in jedem einzelnen Falle für die Wahl des richtigen Weges, auch dann, wenn sie sich eines Zwischenspediteurs bedient, einstehen will. U. v. 12. 5. 97. I, 7/97.

4. Wahrung der in einem Versicherungsvertrage bestimmten Präklusionsfrist für die Beschreitung des Rechtswegs Seiten des Versicherten. Die Klägerin hatte bei der Beklagten Güter gegen die Gefahren beim Transport zur See versichert. In Art. 45 der allgemeinen Versicherungsbedingungen war bestimmt: „Sind seit dem Tage, an welchem das Schiff die versicherte Reise angetreten hat, drei Jahre verstrichen, ohne daß innerhalb dieser Zeit . . . von Seiten des Versicherten der Rechtsweg betreten worden, so ist die Gesellschaft ihren Verbindlichkeiten ledig." Die Klägerin erhob zunächst innerhalb der dreijährigen Frist Klage auf Vergütung von Schäden, die von ihr versendete Güter erlitten hatten, unter der Behauptung, daß über die Versicherung dieser Güter mündlich ein besonderer Versicherungsvertrag geschlossen sei. In der Berufungsinstanz machte sie indeß geltend, daß die Versendung der Güter unter einen von ihr mit der Beklagten schriftlich abgeschlossenen Generalversicherungsvertrag falle. Die Klage wurde in allen Instanzen abgewiesen, wobei von dem O.L.G. unter Billigung des R.G.'s angenommen wurde, daß die Berufung auf den Generalversicherungsvertrag eine unzulässige Klagänderung enthalte. Nach Ablauf der erwähnten dreijährigen Frist erhob die Klägerin anderweit Klage, wobei sie den Anspruch allein auf den Generalversicherungsvertrag stützte. Demgegenüber berief sich die Beklagte auf den Ablauf der vertragsmäßigen Klagfrist. Dieser Einwand wurde vom R.G. verworfen: „Das Kammergericht unterstellt ohne weitere Begründung, daß „das Betreten des Rechtswegs" den Fristablauf nur dann verhindere, wenn es so geartet sei, daß damit unmittelbar eine materielle Entscheidung über den Anspruch aus der Police herbeigeführt werde. Der Wortlaut der Bestimmung nöthigt hierzu in keiner Weise. Der Versicherte „betritt den Rechtsweg" auch dann, wenn er die Klage etwa bei einem unzuständigen Gerichte erhebt, oder wenn seine Klage wegen anderer prozessualer Mängel nicht alsbald zu einer materiellen Entscheidung führt. Nach bekannten Rechtsgrundsätzen aber sind Versicherungsbedingungen, zumal wenn sie dem Versicherten ein nachtheiliges Präjudiz androhen, strikt auszulegen. Die Sache liegt auch nicht etwa so, daß das Hineinziehen der anderweitigen Begründung der Klage von vornherein als ein aussichts-

loser Versuch erscheinen mußte, den die Klägerin nicht in gutem Glauben an einen Erfolg unternehmen konnte. U. v. 24. 3. 97. I. 403/96.

5. Vereinbarung, daß die Waare bis zu einem bestimmten Tage verladen sein müsse; Einwand der Chikane. Der Beklagte hatte vom Kläger eine von Amerika anzubringende Ladung von ca. 2500 tons Florida Phosphate gekauft; es wurde vereinbart, daß die Verladung in den Dampfer Lombard nicht nach dem 7. Oktober 1894 erfolgen solle. Thatsächlich hatte sie erst am 9. Oktober 1894 stattgefunden; der Beklagte verweigerte deshalb die Annahme der Waare. Die Klage, welche auf Bezahlung des bei der Versteigerung der Waare erzielten Ausfalls gerichtet war, wurde vom Beruf.-Ger. abgewiesen. In dem bestätigenden Urtheile des Reichsgerichts ist u. A. bemerkt:

A. Auch den Angriffen, die sich gegen die dritte Annahme der Vorderrichter wenden, ist der Erfolg zu versagen. Es ist nichts ungewöhnliches, daß in Kontrakten über eine von auswärts zu verschiffende Waare, die Abladezeit durch Bestimmung einer festen Frist, innerhalb deren sie zu erfolgen hat, in dem Sinne normirt wird, daß der Käufer den Vertrag nicht als erfüllt gelten zu lassen braucht, wenn die Abladung nicht zur vereinbarten Zeit geschehen ist. Die Rechtsprechung der Reichsgerichte hat diesen Kontrakten die rechtliche Anerkennung nicht versagt: Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 24 S. 194 und des R.G.'s Bd. 30 S. 60. Ob man dabei von einer Analogie mit dem Falle sprechen will, wo die Lieferfrist fest bestimmt ist (H.G.B. Art. 357), oder ob man sagt, der Verkehr sehe die zu anderer Zeit verschiffte Waare als eine Waare anderer Gattung an, ist ohne Bedeutung. Beides ist nur ein Weg zur besseren Veranschaulichung des Gedankens, daß in diesen Kontrakten die Zeit für die Vornahme der dem Verkäufer obliegenden Handlung eine wesentliche Eigenschaft der ihm obliegenden obligatorischen Leistung ist. Im einzelnen Falle kann es zweifelhaft erscheinen, in welchem Sinne die Festsetzung einer Verschiffungszeit gemeint ist. Die Annahme, daß sie hier in dem erwähnten strengen Sinne verstanden sei, ist einerseits auf den Umstand gegründet, daß die Parteien über eine Verlängerung der Verschiffungszeit um wenige Tage lange hin und verhandelt haben, und andererseits auf das eigene Verhalten des Klägers bei der Verschiffung, wie es sich aus der insoweit für glaubhaft erachteten Aussage des Kapitän R. ergiebt. Das Reichsgericht findet keine Veranlassung, diese Argumentation zu beanstanden. Die Revision ist im Unrechte, wenn sie meint, daß bei der bestehenden Unsicherheit, ob das Schiff nach beendigter Abladung wirklich auch alsbald versegle, ein Interesse des Käufers an der genauesten Einhaltung der Abladefrist gar nicht anzunehmen sei. Freilich ist für den Käufer das entscheidende, wann er die Waare erhält, aber gerade weil hierbei eine Reihe höchst ungewisser Umstände, deren Beherrschung unmöglich ist, mitwirken, geht das Interesse des Käufers dahin, diesen einen, allein in der Macht des Verkäufers liegenden Punkt, die rechtzeitige Abladung, unbedingt sicher zu stellen.

B. Auch die in der zweiten Instanz vom Kläger neu vorgeschützte Replik

der Chikane ist vom Berufungsgerichte mit Recht verworfen. Die Beklagte handelt nicht unrecht, wenn sie den Umstand, daß der Kläger den Kontrakt in einem wesentlichen Punkte nicht so erfüllt hat, wie es vereinbart war, benutzt, um sich von dem ihr wegen der Preisentwickelung lästig gewordenen Vertrage loszusagen. Erfüllungszwang besteht nur zu Gunsten desjenigen, der selbst alles gethan hat, was zur ordnungsmäßigen Erfüllung gehört. Es darf nicht verlangt werden, daß die Nachtheile, die der nicht säumige Theil durch Lossagung vom Vertrage von sich abwenden will, gerade in dem Punkte ihre Ursache finden, in welchem die Erfüllung des anderen Theiles mangelhaft war. Die Beklagte braucht nicht darzuthun, daß die zweitägige Verzögerung sie in Schaden gebracht hat, und sie braucht auch der Behauptung des Klägers nicht Rede zu stehen, daß die Verzögerung nach ihren Dispositionen über die gekaufte Waare für sie belanglos und nicht nachtheilig sei. „Die Ausübung eines Rechtes ist" — wie Bürgerliches Gesetzbuch § 226 es ausdrückt — „unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen." Vergl. Windscheid, Pandekten Bd. I § 121 Note 3. Hier übt die Beklagte ihr Recht aus, um von sich Schaden abzuwenden. Daß dies nur möglich ist, indem dem Kläger Schaden zugefügt wird, ist kein Hinderniß für die Rechtsausübung. U. v. 30. 6. 97. I. 145/97.

6. Auslegung der Urtheilsformel. Anspruch aus einem auf Begründung einer Gesellschaft gerichteten Vertrage nach Eröffnung des Konkurses zum Vermögen dessen, in dessen Geschäft ein Anderer eintreten sollte. Der Kläger B. hatte mit dem Kaufmann E. G. E. in Hamburg einen Vertrag abgeschlossen, wonach er als Theilhaber in das von E. betriebene Geschäft eintreten und 40000 ℳ Einlage, davon 12000 ℳ sofort beim Eintritt, der für Mitte September 1895 in Aussicht genommen war, einzahlen sollte. Auf die Klage des E. wurde er durch rechtskräftiges Versäumnißurtheil vom 12. November 1895 zur Zahlung der 12000 ℳ c. a. an die Firma E. G. E. verurtheilt. Nachdem kurz darauf zum Vermögen des E. Konkurs eröffnet worden war, betrieb der Konkursverwalter die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil, B. aber erhob Klage nach § 686 der C.P.O. mit dem Antrage, die Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil vom 12. November 1895 für unzulässig zu erklären. Dem wurde vom R.G. entsprochen; in dem Urtheil ist bemerkt:

Dem Berufungsgericht ist darin beizustimmen, daß das Urtheil des Hauptprozesses nicht, wie das Landgericht angenommen hat, schlechthin eine Verpflichtung des Widerspruchsklägers zur Zahlung von 12000 ℳ an den früheren Kläger, jetzt dessen Konkursmasse, begründet hat. Da das Urtheil über den erhobenen Anspruch ergeht, so ist die Urtheilsformel, welche den Beklagten klaggemäß verurtheilt, nur zu verstehen im Zusammenhange mit der Begründung des Klageanspruchs. So stellt auch hier das im Hauptprozesse ergangene Versäumnißurtheil, gegen dessen Vollstreckung sich die jetzt erhobene Widerspruchsklage richtet, nur diejenige Verpflichtung des Beklagten fest, auf die der Anspruch des Klägers gerichtet war, nämlich die Verpflichtung zu einer Einlage von 12000 ℳ in die

zwischen ihm und dem Kläger zu begründende offene Handelsgesellschaft, zu deren Begründung der Kläger sich in der Klage bereit erklärt hatte.

Aus dieser rechtlichen Natur der durch das Urtheil des Hauptprozesses für den jetzigen Kläger begründeten Verpflichtung folgt aber die Unhaltbarkeit der ergangenen Entscheidung. Diese wird auf die Erwägung gestützt, daß der Kläger schon vor Ausbruch des Konkurses über das Vermögen von E. G. E. die 12000 ℳ in die Gesellschaftskasse zu zahlen gehabt habe und daß, wenn trotz dieser Zahlung der Konkurs ausgebrochen wäre, die gedachte Summe oder deren Werth sich in der Masse befunden haben und den Gläubigern des bisherigen Alleininhabers der Firma haften würde. Daraus wird hergeleitet, daß der Konkursverwalter berechtigt sei, dasselbe Ergebniß durch Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil herbeizuführen, ohne daß ihm die ursprüngliche Einschränkung des Urtheils entgegenstehe. Diese Erwägung beruht auf rechtsirriger Auffassung der durch das Versäumnißurtheil vom 12. November 1895 festgestellten Verpflichtung des Klägers. Der Kläger ist zur Erfüllung des mit dem Beklagten über den Eintritt als Gesellschafter in dessen Geschäft unter Einbringung einer Einlage von 12000 ℳ in die Gesellschaft geschlossenen Abkommens verurtheilt. Aus diesem Urtheil erwuchs für den Beklagten kein Forderungsrecht auf Zahlung von 12000 ℳ an ihn, sondern an die künftige Gesellschaft, auf welche gleichzeitig die Aktiva und Passiva des bis dahin von dem Beklagten allein betriebenen Geschäfts übergehen sollten. Zur Begründung dieser Gesellschaft ist es aber niemals gekommen und kann es, nachdem der Beklagte in Konkurs verfallen ist, nicht mehr kommen, da der Konkurs die Auflösung der Gesellschaft, falls sie bestände, zur Folge haben würde, also ihre Entstehung ausschließt. Der Konkursverwalter ist außer Stande, dem Kläger das zu gewähren, was der Beklagte diesen als Gegenleistung zu gewähren gehabt haben würde, nämlich den Eintritt als Gesellschafter in sein Handelsgeschäft mit den sich daraus für den Kläger ergebenden Rechten und Pflichten. Er kann deshalb auch die Zahlung der vom Kläger versprochenen und judikatmäßig von ihm zu leistenden Einlage nicht fordern, weil dieselbe nicht mehr in das Vermögen der Gesellschaft gelangen kann, sondern, wenn der Kläger sie zahlen müßte, in die Konkursmasse des Beklagten als Einzelkaufmanns gelangen würde. Die Erfüllung des Judikats ist durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten unmöglich geworden.

Ist diese Unmöglichkeit durch den Kläger verschuldet, weil derselbe dem Urtheil nicht nachgekommen ist, obgleich der Beklagte zu seiner Aufnahme als Gesellschafter bereit war, so kann sich aus dieser Verschuldung des Klägers ein Schadensanspruch für den Beklagten ergeben, der unter Umständen seiner Höhe nach der Einlage von 12000 ℳ gleichkommen könnte und dieser Schadensanspruch ist mit der Konkurseröffnung in die Konkursmasse gefallen. Ueber diesen Schadensanspruch aber ist bisher ein Urtheil nicht ergangen und es ist unzulässig, dem auf Erfüllung des Abkommens über den Eintritt des Klägers in eine Handelsgesellgesellschaft mit dem Beklagten lautenden Urtheil den Sinn unterzulegen, daß da-

mit auch der Schadensanspruch des Beklagten auf den Betrag der Einlage von 12000 ℳ festgestellt sei. Darauf aber laufen die Erwägungen des Berufungsgerichts hinaus. U. v. 5. 5. 97. I 121/97.

7. Beweislast bei Unmöglichkeit, die Miethobjekte unbeschädigt zurückzugeben. Die Revision erhebt gegen das Urtheil der Vorinstanz zunächst den Einwand, es sei dabei die Beweislast verkannt. Der Beklagte sei als Miether verpflichtet, den Miethgegenstand in dem Zustande, in dem er ihn übernommen, zurückzugeben, und müsse, wenn er dies nicht vermocht habe, nachweisen, daß die eingetretene Zerstörung und Beschädigung nicht auf einem von ihm nach § 278 Th. I, Tit. 21 des Allg. Landrechts zu vertretenden Versehen beruhe. Der Einwand kann keinen Erfolg haben. Denn auch wenn man davon ausgeht, es treffe an sich gegenüber der auf den Miethvertrag gestützten Klage den Beklagten die Beweislast, daß er unverschuldeter Weise das Miethobjekt nicht zurückgeben könne, so ist doch der Vorinstanz in dem Ergebnisse, daß im gegebenen Falle die Klägerin den Beweis eines Verschuldens des Beklagten erbringen müsse, nicht entgegenzutreten. Zwischen den Parteien besteht kein Streit darüber, daß die Zerstörung des an den Beklagten vermiethet gewesenen Schloßtheiles Folge einer Feuersbrunst ist, welche in dem Schlosse ausgebrochen ist, also auf einem Elementarereigniß beruht. Ob dieser Umstand für sich allein unbedingt genüge,*) den Beklagten seiner Beweispflicht zu entheben, braucht nicht erörtert zu werden. Denn jedenfalls ist, wenn erwiesenermaßen die Erfüllung einer Vertragspflicht dem Schuldner durch ein Elementarereigniß unmöglich gemacht ist, welches erfahrungsmäßig oft durch zufällige Ursachen hervorgerufen wird und dessen Entstehung vielfach sich jeder Aufklärung entzieht, der Richter schon nach den Grundsätzen von der freien Beweiswürdigung im einzelnen Falle berechtigt, davon auszugehen, daß die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung auf einem vom Verpflichteten nicht zu vertretenden Umstande beruhe, solange nicht besondere Thatsachen, welche eine andere Beurtheilung erheischen, aus der Sachlage des einzelnen Falles oder besonderen vom Gegner nachzuweisenden Verhältnissen sich ergeben. (Vergl. Entscheid. des R.O.H.G.'s Bd. 19 S. 212 flg.; Entsch. des R.G.'s Bd. 11 S. 132 flg.; Weber, die Verbindlichkeit zur Beweisführung 2c. § 25 S. 141 flg.; Fitting in der Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß Bd. 13 S. 71 Anm. f.; Motive zum ersten Entwurf des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 2 S. 48 flg.) Das Berufungsgericht durfte deshalb im vorliegenden Falle, wo in einem dem Beklagten nur zum Theil vermietheten umfänglichen Gebäude ein Brand entstanden ist, den der Beklagte für seine Person unbestrittenermaßen nicht verursacht hat, ohne Rechtsirrthum annehmen, es sei diesem der Beweis nicht anzusinnen, wie das Feuer entstanden und daß dessen Entstehung ihm auch nicht mittelbar zur Last zu legen sei. U. v. 3. 5. 97. VI. 448/96.

8. Gew. Ordn. § 113. Das Berufungsurtheil beruht an erster Stelle

*) Für Sachsen enthält § 732 des B.G.B.'s eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung.

auf der Ausführung, daß das Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 16. Juli 1892 ein ordnungsmäßiges Zeugniß nach § 113 der Gew.Ordn. enthalten habe. Die Revision greift dies mit Recht an. In erster Instanz ist festgestellt und in der Berufungsinstanz von der Beklagten unangefochten geblieben, daß der Kläger die Betriebsstörung im Juni 1892 nicht verschuldet hat und ohne gesetzlichen Grund entlassen ist. Darnach drängt sich schon die Frage auf, ob der Kläger verpflichtet war, ein Zeugniß anzunehmen, daß beurkundete, er habe entlassen werden müssen und aus dem deshalb jeder Dritte entnehmen mußte, er sei mit Grund entlassen. Aber der Berufungsrichter hat nicht nur dies unerwogen gelassen. Seine Ausführung verstößt auch gegen den § 113 der Gew.Ordn. Diese Vorschrift giebt nur dem Arbeitnehmer ein Recht auf ein Zeugniß überhaupt und insbesondere auf ein solches über Führung und Leistungen. Es ist unrichtig, daß der § 113 dem Arbeitgeber gestatte, dem Arbeitnehmer ein Zeugniß über Führung und Leistungen aufzudrängen. Der Zweck des Abs. 2 geht gerade dahin, dies zu verhindern und enthält das vom Berufungsrichter vermißte Verbot der Ausstellung eines nicht verlangten Zeugnisses. Der Kläger, der nur ein Zeugniß über seine Beschäftigung und seine Führung verlangt hatte, brauchte deshalb auch aus diesem Grunde das Schreiben vom 12. Juli 1892 als ordnungsmäßiges Zeugniß nicht anzunehmen. U. v. 22. 5. 1897. I. 426/96.

9. § 120 Absatz 2 der Gewerbeordnung begründet allerdings eine allgemeine Zwangsvorschrift für Gewerbeunternehmer zur Sicherung von Leben und Gesundheit anderer Personen, sowohl ihrer Arbeiter als Dritter. Die privatrechtlichen Folgen der Verletzung dieser Vorschrift sind aber nach den Bestimmungen des einschlägigen Privatrechts zu beurtheilen. (Entsch. des R.G.'s Bd. 17 S. 221.) ꝛc. Ein Rechtssatz des Inhaltes, daß die bloße Uebertretung der angeführten allgemeinen Vorschriften die Haftbarkeit für aus der Verletzung entstandenen Schaden ohne Rücksicht auf die Voraussehbarkeit, also ohne Prüfung des subjektiven Verschuldens begründe, besteht auch nach gemeinem Rechte nicht und ist jedenfalls nicht durch die Bestimmungen des § 367 Ziffer 14 des Strafgesetzbuchs und des § 120 Absatz 3 der Gew.Ordn. hinsichtlich der Verletzung dieser Bestimmungen nach Reichsrecht begründet. U. v. 20. 5. 97. VI. 478/96.

10. Konk.Ordn. § 54 Ziffer 5. Das Reichsgericht VI. Civ.S. hat die von dem Oberlandesgerichte Dresden neuerlich (vergl. Annalen desselben Bd. 17 S. 261 flg. gegen Bd. 10 S. 140 flg.) angenommene Auslegung, wonach das Vorrecht des Kindes im Konkurse des Vaters sich auf Forderungen beschränken soll, die dem Kinde aus der gesetzlichen Vermögensverwaltung an den Vater erwachsen sind, reprobirt und im Einklang mit der von den Bearbeitern des Konkursrechts fast ausnahmslos vertretenen Auffassung angenommen, daß ein Kind, dem eine Forderung an den Vater zusteht, wegen derselben in dessen Konkurse bevorzugte Befriedigung immer dann beanspruchen kann, wenn die Forderung

die Verwaltung des Vaters Kraft Gesetzes unterlegen hatte. U. v. 24. 5. 97. VI. 443/96.

11. C.P.O. § 102 Ziff. 1 Gerichtskostengesetz § 85. Zur Befreiung eines Ausländers von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten ist nicht der Nachweis erforderlich, daß in dem Heimathstaate des Klägers ein vor einem dortigen Gerichte klagender Deutscher ganz allgemein von der Pflicht, dem Gegner wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, frei sein oder diese Befreiung doch bei einer Sachgestaltung genießen würde, wie sie bei dem im konkreten Falle von dem betreffenden Ausländer in Deutschland angestrengten Prozesse vorliegt; es genügt vielmehr, daß in dem Staate, dem der in Deutschland Klagende angehört, die Ausländer und bez. speziell die Deutschen bezüglich der Kostenkautionspflicht nicht ungünstiger behandelt werden als die Einheimischen. Der Wortlaut des § 102 Ziff. 1 spricht allerdings mehr für die ersterwähnte Auslegung, die auch in der Theorie und der Praxis der Oberlandesgerichte überwiegend angenommen ist, allein der Wortlaut ist nicht so bestimmt, um die zweite Auslegung auszuschließen. Diese aber entspricht dem in der neueren Zeit überwiegend zur Herrschaft gekommenen Prinzip der sog. absoluten oder formellen Reziprozität (vergl. v. Bar, Theorie u. Praxis des internationalen Privatrechts Bd. 1 S. 286 Anm. 23) und steht im Einklang mit den Bestimmungen in § 85 des Gerichtskostengesetzes, dessen Bestimmungen („besondere Vorauszahlung") deutlich darauf hinweisen, daß die Befreiung des Ausländers von der Verpflichtung zur Zahlung erhöhten Gerichtskostenvorschusses nur dann nicht eintreten soll, wenn ein in dem betreffenden fremden Staate klagender Deutscher vermöge seiner Eigenschaft als Ausländer oder speziell als Deutscher an Gerichtskosten mehr vorauszahlen oder sicherstellen muß als der dort einheimische Kläger. Nach dieser Auslegung des § 102 Ziff. 1 der C.P.O. braucht ein in Oestreich staatsangehöriger Kläger in Deutschland (schon jetzt vor dem Inkrafttreten der Oestreichischen neuen Civilprozeßordnung) keine Kaution wegen der Prozeßkosten zu leisten. Urth. v. 24. 5. 97. VI 12/97. vergl. auch Böhms Zeitschrift für internationales Recht Bd. 2 S. 294 flg. (II. Civ.S. des R.G.'s).*)

12. C.P.O. § 260. Nach den Ausführungen des angefochtenen Urtheils, wonach, auch wenn die Angaben der Klägerin über den Ort, wo das Feuer entstanden sein soll, erwiesen würden, immer noch Zweifel darüber bestehen würden, ob der Brand durch die von der verehel. K. in die sog. Putze eingestellte Asche verursacht sei, gewinnt es den Anschein, es sei das Berufungsgericht der Meinung, daß es diesen Kausalzusammenhang nicht annehmen dürfe, solange in dieser Richtung überhaupt noch ein Zweifel möglich sei. Diese Auffassung würde rechtsirrthümlich sein; denn das freie Ermessen, nach welchem das Gericht bei den in § 260 der C.P.O. bezeichneten Streitigkeiten entscheiden soll, hat auch bezüglich der Frage Platz zu greifen, ob zwischen einer Handlung, die einen Schaden verursachen konnte, und dem wirklich eingetretenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang

*) Vgl. Sächs. Archiv VII S. 809.

besteht, und der letztere darf angenommen werden, auch wenn sein Nichtvorhandensein nicht schlechthin ausgeschlossen erscheint. U. v. 3. 5. 97. VI. 448/96.

13. C.P.O. § 410. Die Einrede der Kompensation ist auf eine Gegenforderung des Beklagten gegen den Dr. Max K. und die Behauptung gestützt, daß der Kläger Inkassomandatar des K. sei. Diese Behauptung ist durch den Eid des Klägers widerlegt. Auf die weitere Eideszuschiebung darüber, daß der Kläger bei dem Erwerb des Wechsels gewußt habe und wisse, daß sein Inkassomandat Inkassomandatar des K. sei, ist der Berufungsrichter mit Recht nicht eingegangen. Denn dafür, wer der Inkassomandant des Klägers und daß derselbe Inkassomandatar des Dr. K. ist kein Beweis angetreten, obwohl der Beklagte darauf hingewiesen ist, daß es eines solchen Beweises bedürfe. Ueber das Wissen einer Thatsache, die nicht feststeht, ist die Eideszuschiebung aber nicht zuzulassen, wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, auch hier nicht, wo der Kläger zugiebt, daß er unter dem Vollgiro Inkassomandatar eines Dritten ist. Diesen zu bezeichnen ist der Kläger rechtlich nicht verpflichtet. U. v. 14. 6. 97. I. 95./97.

14. C.P.O. § 821. Es ist streitig, wie lange, wenn ein Prozeß in die Berufungsinstanz gelangt ist, diese Gericht der Hauptsache im Sinne von § 821 der C.P.O. ist, ob bis zur Verkündung, oder bis zur Zustellung oder bis zur Rechtskraft des Beruf. Urtheils bez. bis zu dessen Anfechtung durch Revision. Der III. Senat des R.G.'s hat früher (Entsch. Bd. 6 S. 414 flg.) gelegentlich ausgesprochen, daß der Zeitpunkt der Urtheilsverkündung maßgebend sei. Diese Ansicht hat derselbe Senat jedoch wenigstens für den Fall, wenn gegen das Beruf. Urth. noch Revision möglich ist, dieses also nicht schon mit der Verkündung rechtskräftig wird, aufgegeben, indem er angenommen hat, daß das Beruf. Gericht bis zur Zustellung des Urtheils Gericht der Hauptsache bleibe. Die Anhängigkeit der Sache in der Beruf. Instanz sei in § 821 in demselben Sinne zu verstehen, welcher mit diesem Begriffe an andern Stellen, insbesondere in den §§ 162, 221 der C.P.O. verbunden werde; in dieser Beziehung stehe es aber fest, daß die Anhängigkeit in der Instanz mit der Zustellung des in derselben erlassenen Endurtheils aufhöre. (Entsch. Bd. 10 S. 327, Bd. 13 S. 311, Bd. 19 S. 397. Kommentare zur C.P.O. v. Wilmowski u. Levy Anm. zu § 162, 1 zu § 221 u. zu § 235; Struckmann u. Koch Anm. 2 zu § 162, Anm. 1 zu Buch 1 Absch. 3 Tit. 5, Petersen, Anm. 3 zu § 217; Reincke, S. 215 Anm. 5, Gaupp, Anm. I, 1 zu § 163, Seuffert Anm. 1 Abs. 5 zu § 221) Maßgebend für die Zuständigkeit sei die Zeit, zu welcher der Antrag bei dem Beruf. Ger. gestellt wird. Urt. vom 2. April 1897, III 25/97. Ebenso der Feriensenat, Beschl. vom 21. Juli 1897, Besch. Reg. VI. 151/97.

15. Reichsstempelgesetz v. 29. Mai 1885. § 32. Es handelt sich um 1851 ℳ Aktienstempelsteuer, die nach dem vorigen Revisionsurtheile der Klägerin mit Unrecht abgefordert worden sind, von denen auch feststand, daß sie nur unter Vorbehalt der Rückforderung gezahlt seien, in deren Ansehung aber noch zu entscheiden war, ob die Rückforderungsklage innerhalb der durch § 32 des Reichsstempelges. vom 29. Mai 1885

gesetzten Frist erhoben sei. Das Berufungsgericht hat diese Frage verneint, indem es angenommen hat, daß, während die Klagzustellung unbestritten am 18. August 1894 erfolgt ist, die sechsmonatige Frist je von dem Tage der von der Behörde vollzogenen Abstempelung und Rückgabe der eingereichten einzelnen Akten ab zu rechnen sei, also vom 18. Januar, 23. Januar, 27. Januar, 31. Januar und 5. Februar 1894 ab, weil an diesen Tagen jedesmal der entsprechende Steuerbetrag entweder baar, oder durch Verrechnung entrichtet worden sei. Mit Recht hat das Oberlandesgericht den vom Landgericht für seine abweichende Absicht geltend gemachten Grund, daß die Steuerbehörde selbst die Zahlungen nicht als endgültige, sondern nur als vorläufige, zur Sicherstellung des Deutschen Reiches bis zur Entscheidung der im Rekurswege angerufenen höheren Verwaltungsbehörde bestimmte entgegengenommen und erst am 26. Februar 1894, nachdem die letztere Behörde das Rechtsmittel zurückgewiesen hatte, als wirkliche Zahlungen gebucht habe, für unzutreffend erklärt. Mit Recht hat das Berufungsgericht nämlich ausgeführt, daß eine solche Auffassung mit dem Reichsstempelgesetze von 1885 nicht vereinbar sein würde, da dieses eine bloß zur einstweiligen Sicherstellung zu leistende Zahlung gar nicht kannte, sondern durch § 3 Absatz 1 vergl. mit § 2 Absatz 1 daselbst die wirkliche Zahlung der Abgabe zur Voraussetzung jedes erlaubten auf die Aktien bezüglichen Geschäftsverkehrs gemacht war. U. v. 20. 5. 97. VI. 1./97.

Literatur.

Besprechungen.

Die patentrechtliche Licenz. Eine Studie von Dr. Leo Munk, Hof- und Gerichtsadvokat in Wien. 176 S. Berlin, Carl Heymanns Verlag. 1897. 3 M 60 ₰.

Die Lehre von der patentrechtlichen Licenz ist vielumstritten. Zur Lösung der Zweifel, welche hinsichtlich ihrer juristischen Natur auftauchen, dürfte es sich empfehlen, mehr wie bisher die beiden Fragen aus einander zu halten:

in welcher Gestalt läßt sich die Ausübung eines Patentrechtes übertragen?

welche der verschiedenen Möglichkeiten ist als Licenz zu bezeichnen?

Was die erstere Frage anlangt, so ist Folgendes zu beachten:

Der Patentinhaber ertheilt dem Gegenkontrahenten das Recht, die Erfindung zu benutzen.

Dieses Recht kann wirken

1. auf Seiten des Patentinhabers
   a) nur gegen dessen Gesammtrechtsnachfolger,
   b) auch gegen dessen Sonderrechtsnachfolger;
2. auf Seiten des Gegenkontrahenten
   a) nur für dessen Person (das Recht ist weder veräußerlich noch vererblich;
   b) für dessen Gesammtrechtsnachfolger;
   c) für dessen Sonderrechtsnachfolger.

Die active Rechtsnachfolge kann eine freie, lediglich auf die Person gestellte sein, sie kann aber auch an den Besitz eines bestimmten Betriebes geknüpft sein.

Möglicher Weise verspricht der Patentinhaber dem Gegenkontrahenten zugleich:

A) Niemandem anderen das Benutzungsrecht einzuräumen,

B) auch selbst die Erfindung nicht zu benutzen.

Liegt eine solche Zusage vor, so bezeichnet man das Benutzungsrecht des Gegenkontrahenten als ausschließliches, anderenfalls als einfaches.

Ein weiterer Unterschied endlich: Dem Gegenkontrahenten kann entweder nur das Recht zur Benutzung der Erfindung zustehen, oder überdies auch das Recht, Unbefugten die Benutzung im Prozeßwege zu verbieten.

Alle diese Gestaltungen sind möglich.

Der Streit, welche von ihnen Licenz zu nennen sei, ist ein aussichtsloser Wortstreit. Denn der Terminus Licenz ist weder gesetzlich, noch herkömmlich so festgelegt, daß er nur in einem bestimmten Sinne gebraucht werden dürfte. Die Interessenten sprechen in dem einen, wie in dem anderen Falle von Licenz. Das Wort bietet keinerlei sachliche Direktive, es bedarf immer der Prüfung, was in concreto vereinbart worden ist.

Die bisher herrschende Meinung (Reichsoberhandelsgericht, Reichsgericht, Klostermann, Robolski, Kloeppel) nimmt an, daß unter Licenz keiner der oben gedachten Fälle zu verstehen sei: Licenzertheilung sei nicht Uebertragung der Nutzungsbefugniß, sondern Verzicht auf das Untersagungsrecht. Damit sei ausgeschlossen, daß dem Licenznehmer ein Recht auf Verbot und Verfolgung von Patentverletzungen, oder ein Recht auf Weiterübertragung zustehe.

Kohler, Gierke, Seligsohn, Bolze, nunmehr auch Munk bestreiten die Zulässigkeit dieser Konstruktion. Wie dem auch sein mag, sicher irrt die herrschende Meinung in der Annahme, daß jedes im Verkehrsleben als Licenz bezeichnete Verhältniß in die von ihr für allein richtig gehaltene Schablone passen müsse.

Die Schwierigkeit, festzustellen, welches Rechtsverhältniß im Einzelfalle Platz greift, ist recht groß. Denn das Patentgesetz wie das bürgerliche Recht entbehren ergänzender Bestimmungen, welche die Lücken der Parteivereinbarung ausfüllen könnten. Man verweist zur Aushülfe wohl auf die Analogie der Dienstbarkeit, der Miethe, des Aufführungs- und des Verlagsrechtes. Allein auch diese Analogien vermögen nicht alle Zweifel zu beseitigen.

Munk theilt die herrschende Ansicht, daß die patentrechtliche Licenz ein bestimmtes Rechtsverhältniß sei, und charakterisirt dasselbe dahin: Der Licenzberechtigte hat das Recht, die Erfindung in seinen Betrieben nach allen oder nach einzelnen Richtungen hin (S. 116 flg.) zu benutzen und die Befugniß, dieses Recht mit dem Betriebe zu veräußern (S. 16 flg., S. 96 flg.). Gleichgültig ist für das Wesen der Licenz, ob sie eine ausschließliche oder eine einfache ist, gleichgültig auch, ob dem Licenzträger die Klage gegen den Verletzer zusteht oder nicht (S. 16). Im Zweifel ist aber der Licenzträger zur Klage befugt (S. 165 flg.). Und im Zweifel ist die Licenz gegen jeden Rechtsnachfolger des Licenzertheilers wirksam (S. 112).

Der Verfasser kennt neben den ausdrücklich und stillschweigend durch Vertrag eingeräumten Licenzen noch gesetzliche Licenzen, Zwangslicenzen und Enteignungslicenzen. Daß die stillschweigende Licenz dem Bedürfnisse nicht genügt, hat Kohler dem Verfasser gegenüber im Juristischen Literaturblatte Nr. 86 (1896 Bd. IX Nr. 6) S. 130 zutreffend betont; „es kann nur durch den patentrechtlichen Satz geholfen werden, daß der gutgläubige Erwerb einer Sache, deren naturgemäße Anwendung einen Eingriff in ein Patentrecht enthält, mit dem Eigenthum zugleich dieses Eingriffsrecht gewährt". Und Benies hat in der österreichischen Zeitschrift für gewerblichen Rechtsschutz Bd. III S. 94 flg. dargethan, daß die von Munk getroffene Unterscheidung zwischen gesetzlicher Licenz und Zwangslicenz unhaltbar ist.

Mit besonderer Ausführlichkeit wird die Gewährleistungspflicht des Licenzertheilers behandelt.

Niemand, der aus praktischem oder theoretischem Interesse sich mit der patentrechtlichen Licenz beschäftigt, darf die vorliegende Abhandlung unbeachtet lassen. Sie ist als eine wesentliche Bereicherung der spärlichen Patentrechts-Literatur mit lebhaftem Dank zu begrüßen.

Dr. Schanze in Dresden.

Abhandlungen.

Die Schuldübernahme nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

Von Oberjustizrath Tränkner in Dresden.

A. Begriff und Bedeutung.

Schuldübernahme ist nach dem Deutsch. Bürgerlichen Gesetzbuch Sondernachfolge in die Schuld, Eintritt eines Dritten in die passive Seite eines Forderungsverhältnisses. Dem Sächsischen Rechte ist der Begriff einer derartigen Sukzession in die Schuld (Singularsukzession) unbekannt, ein vertragsmäßiger Wechsel in der Person des Schuldners kann nach ihm nur durch Novation (Expromission, passive Delegation) herbeigeführt werden (Sächs. G.B. § 1003). Durch einen solchen Neuerungsvertrag erlischt jedoch, wie dies in der Natur der Novation liegt, die bisherige Forderung nebst allen mit ihr verbundenen Rechten und Nebenansprüchen, es tritt an ihre Stelle eine ganz neue Forderung, gegen die der neue Schuldner die dem alten Schuldner zuständig gewesenen Einwendungen nicht geltend machen kann (Sächs. G.B. § 1005). Daneben kennt zwar das Sächs. Recht auch einen Schuldübernahmevertrag (Sächs. G.B. §§ 1402 flg.); allein es ist dies lediglich ein Vertrag zwischen dem alten Schuldner und einem Dritten, dem zwar der Gläubiger nach den Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter (d. i. hier des Gläubigers) beitreten kann, der jedoch auch im Falle seines Beitrittes keine Befreiung des bisherigen Schuldners von seiner Schuld begründet, sondern nur zur Folge hat, daß der Gläubiger nunmehr neben dem bisherigen Schuldner auch den Schuldübernehmer in Anspruch nehmen kann (Sächs. G.B. § 1405 verb. §§ 853 flg.). Im Uebrigen haftet der Schuldübernehmer dem bisherigen Schuldner dafür, daß dieser von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird, und er ist, wenn dies dennoch geschieht, zur Befreiung des Schuldners oder zum Schadenersatze verpflichtet (§ 1402).

Das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch erkennt ebenso wie eine Sondernachfolge in die Forderung (Abtretung) so auch eine Sondernachfolge in die Schuld (Schuldübernahme) mit der Wirkung an, daß die alte Schuld an sich bestehen bleibt und nur die Person des Schuldners wechselt. Die rechtliche Möglichkeit und Zulässigkeit einer derartigen Sukzession in die passive Seite der Obligation ist um so weniger zu bezweifeln, als sich der Grundsatz einer Sondernachfolge in die

Schuld auch schon in der Praxis mehrfach Bahn gebrochen hat, (vergl. Entsch des vorm. Reichs-O.H.G.'s VIII Nr. 27, Entsch. des R.G. in Civils. I Nr. 142 S. 403 flg., II Nr. 72 S. 263, VII Nr. 64 S. 217 flg.). Selbstverständlich ist die in der Schuldübernahme liegende Sondernachfolge ohne die Einwilligung des Gläubigers nicht möglich, weil durch die Einführung eines neuen Schuldners an die Stelle des alten in die Rechte und Interessen des Gläubigers ganz erheblich eingegriffen wird und Niemand sich an die Stelle seines ursprünglichen Schuldners einen anderen, vielleicht weniger sicheren und zahlungsfähigen Schuldner aufdrängen zu lassen braucht. Von diesem Gesichtspunkte unterscheidet das D. B.G.B. zwei Arten oder Formen der Schuldübernahme, die beide den gleichen Erfolg, eine Sondernachfolge in die Schuld, herbeizuführen bezwecken und herbeizuführen geeignet sind. Es kann

I. durch einen unmittelbar zwischen dem Gläubiger und einem Dritten abgeschlossenen Vertrag vereinbart werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners treten soll (§ 414). Zu einem derartigen Vertrage ist die Einwilligung des bisherigen Schuldners ebensowenig nothwendig, wie zu einem Expromissionsvertrage nach § 1003 Satz 2 des Sächs. B.G.B.; der Dritte (der Uebernehmer) wird unmittelbar durch den Vertrag Schuldner, der bisherige Schuldner scheidet aus dem Schuldverhältnisse aus. Der Vertrag selbst ist an keine Form gebunden; er ist, wie die Abtretung der Forderung, ein sog. abstrakter (dinglicher) Vertrag und daher unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, das den inneren Grund, die causa, des Uebernahmevertrages enthält. Auf die Art und Weise, wie der Vertrag zu Stande kommen kann, leiden im Uebrigen die Vorschriften in §§ 145 flg., § 151 Anwendung.

II. Die Sondernachfolge in die Schuld kann sich aber auch mit Hilfe eines zwischen dem Schuldner und dem Schuldübernehmer mündlich oder schriftlich abgeschlossenen, ebenfalls an keine Form gebundenen Vertrages vollziehen, zu dem der Gläubiger seine Genehmigung ertheilt (§ 415). Die Fälle dieser Art werden im praktischen Leben sogar die häufigeren sein. Ein derartiger Schuldübernahmevertrag ist jedoch nicht nach den Grundsätzen über Verträge zu Gunsten Dritter (§§ 328 flg.) zu beurtheilen, die früher in der Praxis (vergl. Entsch. des R.G.'s in Civils. VII Nr. 141 S. 131) vielfach vertretene Auffassung des Uebernahmevertrages als eines pactum in favorem tertii ist vom Deutsch. Gesetzbuch nicht aufgenommen worden (vergl. hierüber M. II S. 143 flg.). Das D. Gesetzbuch unterstellt vielmehr den zwischen dem alten und neuen Schuldner abgeschlossenen Uebernahmevertrag der Vorschrift in § 182, d. h, es behandelt ihn als eine Verfügung über ein fremdes Vermögensrecht, die zu ihrer Wirksamkeit noch der Genehmigung eines Dritten, hier des Gläubigers, bedarf (vergl. M. II S. 144, Dr. Planck, Kommentar zum Deutsch. B.G.B. I. Buch S. 232, VI. Titel unter 1, b und c). Die Vereinbarung zwischen dem Schuldner und Schuldübernehmer, wonach dieser an die Stelle des ersteren als Schuldner treten soll,

ist an sich für den Gläubiger unverbindlich, sie hat zunächst nur zwischen den vertragschließenden Theilen rechtliche Bedeutung, für und gegen den Gläubiger kann sie erst Wirkung äußern, wenn dieser den Vertrag genehmigt (§§ 182, 185). Wie die Abtretung der Forderung Seiten eines Nichtberechtigten abhängig ist von der Genehmigung des Gläubigers, so gilt dies auch von der Verfügung über die passive Seite der Forderung Seiten nichtberechtigter Personen; solange der Gläubiger den Schuldübernahmevertrag nicht genehmigt hat, kann er sich noch an den ursprünglichen Schuldner halten. Hierbei ist aber noch Folgendes zu betonen:

1. Nach § 415 Abs. 1 Satz 1 hängt zwar die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers ab. Allein dadurch ist dem Gläubiger noch kein unbeschränktes Genehmigungsrecht eingeräumt. Dies würde sehr oft gar nicht in der Absicht der vertragschließenden Theile selbst liegen, insofern diese durch den zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag möglicherweise blos beabsichtigt haben können, Rechte und Verbindlichkeiten in ihrem gegenseitigen Verhältnisse zu einander zu begründen, nicht aber dem Gläubiger ein unbeschränktes Recht einzuräumen, durch einen von ihnen gar nicht veranlaßten Beitritt in das zwischen ihnen beredete Vertragsverhältniß einzugreifen und dadurch ihrem Rechte zu nachträglicher Aufhebung des Vertrags vorzugreifen.[1] Deshalb ist in § 415 Abs. 1 Satz 2 bestimmt, daß die Genehmigung des Gläubigers erst dann erfolgen kann, wenn der Schuldner oder der Dritte (der Schuldübernehmer) dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat. Bevor also diese Mittheilung nicht stattgefunden hat, ist der Gläubiger überhaupt nicht in der Lage, die Schuldübernahme genehmigen und dadurch ihre Wirksamkeit ihm gegenüber herbeiführen zu können. Andererseits können bis zur Genehmigung die Parteien den Vertrag aufheben oder ändern (§ 415 Abs. 1 Satz 3). Zu einer derartigen Aufhebung oder Aenderung, sind jedoch nur beide zusammen befugt, einer allein kann nicht einseitig zurücktreten.

2. Die Genehmigung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, sie kann sowohl dem Schuldner als dem Schuldübernehmer gegenüber erklärt werden, gleichviel welcher von beiden die Mittheilung von der Schuldübernahme an den Gläubiger hat gelangen lassen. Das Gesetzbuch schreibt nicht vor, daß die Genehmigungserklärung demjenigen gegenüber abgegeben werden müsse, der dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgetheilt hat. Auch kann die Genehmigung, da sie an keine Form gebunden ist (vergl. auch § 182 Abs. 2) ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen erfolgen, die einen sicheren Schluß auf den Genehmigungswillen zulassen, sofern nur die Willensbethätigung eine solche ist, die in Gegenwart des Schuldners oder des Schuldübernehmers oder doch in solcher Art zum Ausdrucke gelangt, daß sie sofort zur Kenntniß des einen oder des anderen gelangen muß.[2]) Die einmal ertheilte Genehmigung ist unwiderruflich,

[1]) vergl. M. II. S. 144.

[2]) vergl. hierüber Dr. Planck, Kommentar I S. 163 flg. S. 233 zu § 182 Bemerkung 1. Eine stillschweigende Genehmigung würde z. B. dann anzunehmen sein, wenn der Gläubiger

sie ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, ihre Wirksamkeit ist daher unabhängig von dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse, nur ein etwaiger Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 flg. bleibt vorbehalten. Die Genehmigung kann aus den nämlichen Gründen angefochten werden, aus denen die Anfechtung einer anderen Willenserklärung erfolgen kann (Irrthum, arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung, §§ 119 flg.). Anfechtungsgegner ist hier nach § 143 derjenige, dem gegenüber die Genehmigungserklärung abgegeben worden ist, oder der auf Grund der Genehmigung einen rechtlichen Vortheil erlangt hat.[3])

3. An eine Frist ist die Genehmigung von vornherein nicht gebunden, sie kann also, solange sie nicht verweigert ist, noch jederzeit erklärt werden. Da jedoch den Vertragschließenden daran liegen muß, über die Absicht des Gläubigers nicht auf unbestimmte Zeit im Ungewissen zu bleiben, so ist in § 415 Abs. 2 Satz 2 bestimmt, daß der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auffordern darf und daß nach einer derartigen Aufforderung die Genehmigung nur bis zum Ablauf der Frist erklärt werden kann, andernfalls aber als verweigert anzusehen ist (vergl. jedoch die Ausnahmevorschrift in § 416 Abs. 1 Satz 2, wonach in dem dort vorgesehenen Falle das entgegengesetzte Präjudiz, die Annahme der Genehmigung, gilt). Selbstverständlich kann durch eine derartige Fristsetzung die Wirksamkeit einer von dem Gläubiger bereits vorher in gültiger Weise erklärten Genehmigung nicht beseitigt werden.

Die Verweigerung der Genehmigung ist wie die letztere selbst unwiderruflich (vergl. jedoch weiter unten bei B) [4])

4. Der § 415 spricht zwar immer nur von der Genehmigung, d. i. von der nachträglichen Zustimmung des Gläubigers zu dem Uebernahmevertrag im Sinne von § 184. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß die erforderliche Zustimmung des Gläubigers auch gleichzeitig mit dem Schuldübernahmevertrage mit rechtlicher Wirksamkeit erfolgen kann. Dies muß trotz der

den Schuldübernehmer nach erhaltener Mittheilung gerichtlich wegen der Schuld in Anspruch nimmt. Denn dieses Verhalten des Gläubigers würde sich nicht anders als damit erklären lassen, daß er den Uebernehmer auf Grund des Uebernahmevertrages als seinen Schuldner an Stelle des bisherigen Schuldners betrachten wolle.

[3]) vergl. hierüber noch Dr. Planck, Kommentar 1, S. 233 flg. Bemerkung 2 zu § 182.

[4]) Eine stillschweigende Verweigerung der Genehmigung wird nicht leicht vorkommen. Insbesondere wird eine solche nicht schon darin zu finden sein, daß der Gläubiger nach erhaltener Mittheilung den alten Schuldner in Anspruch nimmt. Allerdings hat die Verweigerung der Genehmigung zur Folge, daß der Gläubiger den alten Schuldner behält. Allein es ist nicht ausgeschlossen, daß der Gläubiger der wenn auch irrigen Ansicht ist, es werde durch den Schuldübernahmevertrag der alte Schuldner nicht liberirt, sondern nur ein neuer Schuldner hinzugefügt (wie dies in der That nach § 1403 des Sächs. G.B.'s der Fall war). Solchenfalls aber würde die Inanspruchnahme des alten Schuldners noch nicht mit Sicherheit auf die Absicht des Gläubigers schließen lassen, die Genehmigung des Uebernahmevertrags zu verweigern.

scheinbar entgegenstehenden Vorschrift in § 415 Abs. 1 Satz 2 angenommen werden. Schließen die Betheiligten einen Schuldübernahmevertrag in Gegenwart und zu Angehör des Gläubigers ab, so liegt darin die gleichzeitige Mittheilung im Sinne der soeben angezogenen Gesetzesvorschrift und es kann daher der Gläubiger auch gleichzeitig seine Zustimmung ertheilen. Anders liegt die Sache, wenn die Parteien dem Gläubiger von dem bevorstehenden Abschlusse eines Schuldübernahmevertrags Mittheilung machen und der Gläubiger im Voraus seine Einwilligung dazu ertheilt. Eine derartige im Voraus ertheilte Einwilligung würde m. E. wirkungslos sein. Denn sie würde nach § 183 bis zum Abschlusse des Uebernahmevertrags widerrufen werden können und den Betheiligten daher keine sichere Gewähr für den endgültigen Willen des Gläubigers bieten. Soll also hier dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt werden, den Uebernahmevertrag zu genehmigen, so würde nach Zustandekommen des letzteren eine nochmalige Mittheilung von dem Abschlusse an ihn ergehen müssen (§ 415 Abs. 1 Satz 2).

5. Der Entw. I hatte in § 315 Abs. 2 Schlußsatz bestimmt, daß im Falle einer Fristsetzung zur Erklärung die Genehmigung wie deren Verweigerung nach dem Beginn der Frist nur gegenüber dem Mittheilenden erklärt werden könne. Das Gesetzbuch hat diese Bestimmung für die Regelfälle (vergl. jedoch § 416 Abs. 1 Satz 2) nicht mit aufgenommen, es muß daher davon ausgegangen werden, daß auch bei einer Fristsetzung die Genehmigung sowohl dem Mittheilenden als dem anderen Theil gegenüber erklärt werden kann (§ 182 Abs. 1).[5])

B. Wirkung der Genehmigung und der Verweigerung der Genehmigung.

Hier ist auseinanderzuhalten das Rechtsverhältniß zwischen den vertragschließenden Parteien und das Rechtsverhältniß des Gläubigers zu diesen.

1. Zwischen den Parteien ist der Schuldübernahmevertrag sofort mit seinem Abschlusse gültig und wirksam. Die Schuld ist im Verhältniß der Vertragschließenden zu einander als vom Schuldner auf den Uebernehmer übergegangen anzusehen. Demgemäß ist der Schuldübernehmer dem Schuldner gegenüber im Zweifel schon alsbald nach dem Abschlusse des Vertrages in der Zeit bis zur Genehmigung verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen und er bleibt hierzu auch verpflichtet, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert (§ 415 Abs. 3). Keiner der vertragschließenden Theile kann einseitig vom Vertrage zurücktreten, geschähe dies trotzdem, so würde auch der Gläubiger ungeachtet des einseitigen Rücktrittes den Vertrag, die Mittheilung nach § 415 Abs. 1 Satz 2 vorausgesetzt, noch mit voller Wirksamkeit genehmigen können. Nach dem I. Entw. § 315 Abs. 1 Satz 4 sollte der Schuldübernehmer dem Schuldner auch zur Verschaffung der Genehmigung verpflichtet sein. Die Kommission hat jedoch diese

[5]) vergl. auch Denkschrift S. 56 oben.

Bestimmung gestrichen und dem Schuldübernehmer die Verpflichtung auferlegt, die rechtzeitige Befriedigung des Gläubigers zu bewirken. Ueber die Gründe dieser Aenderung s. Grützmann im Sächs. Archiv II S. 429. In dieser Weise ist die Verpflichtung des Schuldübernehmers auch vom Gesetzbuch festgesetzt worden. (§ 415 Abs. 3).

2. Im Verhältnisse zum Gläubiger dagegen liegt bis zur Genehmigung nur eine ungewisse, hinausgeschobene Schuldübernahme vor. Erst durch die Erklärung des Gläubigers entscheidet es sich, ob der Vertrag für und gegen ihn wirksam ist.

a) Verweigert der Gläubiger die Genehmigung, so ist ihm gegenüber der Vertrag hinfällig, die Schuldübernahme gilt, wie in § 415 Abs. 2 Satz 1 bestimmt ist, als nicht erfolgt. Es bleibt also im Verhältnisse zum Gläubiger Alles beim Alten, dieser behält seinen ursprünglichen Schuldner und hat keinen Anspruch an den Schuldübernehmer. Die für die Schuld bestellten Bürgschaften und Pfänder (§ 418) bleiben bestehen.

Der Entw. I. enthielt in § 315 Abs. 2 Satz 2 noch die Bestimmung, daß im Falle der Verweigerung der Genehmigung der Gläubiger zur nachträglichen Genehmigung nur berechtigt sein solle, wenn er dazu aufgefordert werde. Diese Vorschrift ist gestrichen worden, und zwar mit Recht. Die Verweigerung der Genehmigung ist, wie schon oben bemerkt wurde, unwiderruflich, oder richtiger gesagt, die Genehmigung ist, nachdem sie verweigert worden ist, nicht mehr möglich, weil das Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Genehmigung abhängt, nicht mehr zu genehmigen ist. Es kann daher nach der einmal erfolgten Genehmigungsverweigerung kein Theil mehr einseitig den Gläubiger auffordern, seine bereits versagte Genehmigung zu einem nicht mehr bestehenden Vertrage zu ertheilen. Eine andere Beurtheilung würde jedoch Platz greifen, wenn nach der Verweigerung beide Parteien übereinstimmend den Gläubiger zur Genehmigung des Vertrages auffordern würden. Durch eine derartige gemeinschaftliche Aufforderung würden sie in unzweideutiger Weise dem Gläubiger zu erkennen geben, daß sie den Vertrag auch ihm gegenüber noch als zu Recht bestehend ansehen und ihm die Füglichkeit einer Genehmigung noch offen halten wollen.

b) Genehmigt der Gläubiger den Vertrag, so erlangt nunmehr dieser auch ihm gegenüber volle rechtliche Wirksamkeit. Der alte Schuldner gilt als entlassen, an seine Stelle tritt der Uebernehmer als neuer Schuldner, auch treten die in § 418 vorgesehenen Wirkungen betreffs des Erlöschens der Bürgschaften und der Pfänder ein (s. weiter unten). Natürlich kann der Gläubiger den Vertrag nur so genehmigen, wie er abgeschlossen worden ist, insbesondere kann er nicht etwa den Uebernehmer als neuen Schuldner annehmen, daneben aber auch noch den alten Schuldner festhalten wollen. Eine derartige Genehmigung würde unwirksam sein.

Die Genehmigung wirkt zwar nach § 184 Abs. 1 auf den Zeitpunkt zurück, wo das der Genehmigung unterliegende Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist.

Durch die Rückwirkung werden jedoch Verfügungen nicht unwirksam, die der Genehmigende vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts getroffen hat oder die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter getroffen worden sind (§ 184 Abs. 2). Die Folge dieser letzteren Bestimmung kann allerdings sein, daß das Rechtsgeschäft trotz der Genehmigung nicht wirksam wird. Hätte z. B. der Gläubiger die Forderung in der Zeit vor der Genehmigung an einen Dritten abgetreten oder verpfändet, oder wäre die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung beschlagnahmt worden, so würde dem dadurch berechtigt gewordenen Dritten gegenüber der Uebernahmevertrag trotz der Genehmigung keine Wirksamkeit erlangen, die vor der Genehmigung begründeten Rechte Dritter an der Forderung würden durch den Uebernahmevertrag nicht berührt werden. Denn die von ihm selbst vor der Genehmigung getroffenen Verfügungen kann der Genehmigende durch seine Genehmigung nicht unwirksam machen.

C. Besondere, zum Theil von den vorstehenden abweichende Vorschriften sind in § 416 für den Fall getroffen, wenn bei der Veräußerung eines Grundstücks der Erwerber durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des letzteren übernimmt, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht.

1. Während nach der Regel des § 415 die Mittheilung des Uebernahmevertrages an den Gläubiger sowohl von dem Schuldner als von dem Uebernehmer bewirkt und die Genehmigung oder die Verweigerung gegenüber dem einen, wie gegenüber dem anderen wirksam erklärt werden kann, kommt bei der Schuldübernahme aus Anlaß der Veräußerung eines Grundstücks nur der Mittheilung, die Seiten des Veräußerers (Schuldners), und der Erklärung, die gegenüber diesem erfolgt, rechtliche Bedeutung zu. Der Gläubiger kann die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mittheilt, und die Genehmigung gilt als ertheilt, wenn seit dem Empfange der Mittheilung sechs Monate verstrichen sind, ohne daß der Gläubiger sie vorher dem Veräußerer gegenüber verweigert hat. Es gilt also hier das umgekehrte Präjudiz, das der Genehmigung, während in der Regel (§ 415) an das Schweigen die Annahme der Genehmigungsverweigerung geknüpft ist. Diese Abweichungen beruhen in der Hauptsache auf der Erwägung, daß bei der Veräußerung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks in erster Linie der Veräußerer ein Interesse daran hat, über die künftige Rechtslage betreffs der von dem Erwerber übernommenen Schuld nicht im Ungewissen zu bleiben und daß bei der Uebernahme einer durch Hypothek gesicherten Forderung, bei der nach der Auffassung des Verkehrs der Regel nach das Hauptgewicht auf die Hypothek, nicht auf die persönliche Haftung des Schuldners gelegt wird, die Annahme gerechtfertigt ist, der auf die Mittheilung des Veräußerers von der Schuldübernahme längere Zeit schweigende Gläubiger sei mit dem Eintritte des Erwerbers an Stelle des Veräußerers einverstanden[6]).

[6]) vergl. Denkschrift S. 56.

Die Mittheilung des Veräußerers kann ferner nicht eher erfolgen, als bis der Erwerber in das Grundbuch eingetragen ist, eine vorher bewirkte Mittheilung hat keine Wirkung (§ 416 Abs. 2). Bei der Uebernahme von Hypothekenschulden auf den Kaufpreis ist der Uebernahmevertrag selbst so zu verstehen, daß der Käufer nur für den Fall des wirklichen Erwerbes und nicht vorher dem Gläubiger persönlich zu haften habe. Wollte man daher einer vor dem Eintrage des Erwerbers im Grundbuche erfolgten Mittheilung Wirkung beilegen, so würde das Präjudiz der Genehmigung, da diese nach § 184 Abs. 1 rückwirkende Kraft hat, möglicherweise auf einen Zeitpunkt zurückbezogen werden können, zu dem nach der Absicht der Betheiligten seine Wirksamkeit noch gar nicht eintreten sollte. Endlich muß die Mittheilung, wenn sie wirksam sein soll, schriftlich erfolgen und den Hinweis darauf enthalten, daß der Uebernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt.

Faßt man dies nochmals zusammen, so ergiebt sich, daß durch die Bestimmungen in § 416, so sehr sie auch zum Vortheil des Veräußerers gereichen, doch auch die Interessen des Gläubigers ausreichend gewahrt sind. Denn das Präjudiz der Genehmigung kann im Falle seines Schweigens hiernach gegen ihn nur dann eintreten, wenn die Mittheilung an ihn

a) von dem Veräußerer,
b) schriftlich [7]),
c) nach dem Eintrage des Erwerbers im Grundbuche und
d) mit dem in § 416 Abs. 2 Satz 2 vorgeschriebenen Hinweise auf die Rechtsfolge des Schweigens

bewirkt worden ist. Fehlt das eine oder das andere dieser Erfordernisse, so kann die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung nicht Platz greifen. Ebensowenig aber wird andererseits auf eine Mittheilung, die nicht diesen Anforderungen entspricht, eine *ausdrückliche* Genehmigung oder Verweigerung mit rechtlicher Wirksamkeit erfolgen können.

Dem Interesse des Erwerbers dient endlich auch die Vorschrift in § 416 Abs. 3, wonach der Veräußerer auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mittheilen und, sobald die Ertheilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, den Erwerber hiervon benachrichtigen soll.

2. Genehmigt der Gläubiger die Schuldübernahme, bezw. ist diese als genehmigt anzusehen, so treten auch hier ihre Wirkungen definitiv ein, der Verkäufer scheidet als Schuldner aus, der Käufer tritt als solcher ein und es vereinigt sich daher nunmehr die persönliche Schuld mit dem Eigenthum an dem für die Schuld verhafteten Grundstück in der Person des Erwerbers. Im Falle der Verweigerung bleibt der Veräußerer dem Gläubiger nach wie vor persönlich verhaftet und der Uebernehmer haftet dem Gläubiger nur mit dem Grundstücke, nicht mit seinem

---

[7]) Auf das Erforderniß der Schriftlichkeit leidet § 126 Anwendung.

übrigen Vermögen; m. a. W.: es hat nur die Pfandklage gegen ihn statt. Im Verhältnisse der vertragschließenden Theile zu einander ist jedoch der Uebernehmer dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, es trifft also auch hier die Vorschrift in § 415 Abs. 3 Satz 2 zu.

Der Veräußerer ist gegen etwaige Benachtheiligungen durch die Bestimmungen in §§ 1164—1167, 1174 geschützt. Insbesondere geht, wenn er den Gläubiger befriedigt, die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigenthümer Ersatz verlangen kann. Dieser Uebergang ist nicht etwa, wie nach Sächs. R. (Sächs. G.B. § 441) von der Voraussetzung abhängig, daß vorerst von dem Gläubiger die persönliche Klage gegen den Veräußerer erhoben worden ist. Vielmehr greift die Vorschrift in § 1164 vbd. § 1174 des Deutsch. G.B.'s in allen Fällen Platz, wo der gegen den Erwerber ersatzberechtigte Veräußerer den Gläubiger, dem er noch persönlich verhaftet ist, wegen seiner fälligen Schuld befriedigt. Ersatzberechtigt ist aber der Veräußerer gegen den Erwerber jedenfalls dann, wenn dieser bei dem Erwerbe des Grundstücks eine Schuld des Veräußerers in Anrechnung auf den Kaufpreis zur Bezahlung übernommen hat, die schließlich der Veräußerer hat zahlen müssen.

3. Bei der Vorschrift in § 416 hat man hauptsächlich die Fälle im Auge gehabt, wo bei dem Verkaufe eines Grundstücks der Käufer eine auf dem veräußerten Grundstücke lastende Schuld in Anrechnung auf die Kaufgelder übernimmt. Die Vorschrift leidet jedoch auch auf andere Fälle Anwendung, in denen zwar der Erwerber eines Grundstücks eine Schuld des Veräußerers übernimmt, die Schuldübernahme jedoch nicht in Anrechnung auf Kaufpreis oder gar nicht aus Anlaß eines Kaufvertrages erfolgt. Es kann z. B. der Käufer eines Grundstückes die auf diesem haftende Schuld des Verkäufers als Gegenleistung dafür übernehmen, daß ihm der letztere eine andere, mit der Kaufpreisschuld gar nicht in Zusammenhang stehende Schuldverbindlichkeit erlassen hat, oder es kann der Erwerber das Grundstück schenkungsweise übertragen erhalten und dafür die hypothekarische Schuld des Schenkgebers übernommen haben. In allen diesen Fällen wird gewöhnlich der Schuldübernahmevertrag in dem betreffenden Veräußerungsvertrage mit aufgenommen werden. Nothwendig ist dies aber m. E. nicht, es müßte denn das die Uebernahme bezweckende Abkommen als integrirender Bestandtheil des Veräußerungsvertrags zu betrachten sein. Festzuhalten ist auch hier, daß der Uebernahmevertrag an sich an eine besondere Form nicht gebunden ist. Die Vorschrift in § 313 gilt blos von dem obligatorischen Vertrage, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigenthum an dem Grundstücke zu übertragen.

4. Im Sächs. R. ist die Uebernahme einer hypothekarischen Schuld aus Anlaß der Veräußerung des mit dieser Schuld belasteten Grundstücks durch § 432 des Sächs. G.B.'s geregelt. Hiernach wird zwar der Erwerber des Grundstücks dem Gläubiger, wenn dieser dem zwischen jenem und dem Veräußerer geschlossenen

Uebernahmevertrage beitritt, persönlich verpflichtet, allein der Veräußerer, der persönlicher Schuldner ist, wird hierdurch entsprechend der Bestimmung in § 1403 nicht befreit, der Erwerber tritt nicht an seine Stelle, sondern neben ihn. Andererseits fällt die persönliche Verpflichtung des Erwerbers, abgesehen von den während seiner Besitzzeit fällig gewordenen Zinsen wieder weg, wenn er das Grundstück veräußert, ausgenommen, wenn der Gläubiger vor der Veräußerung die persönliche Klage wider ihn angestellt und den Rechtsstreit nicht über drei Monate hat liegen lassen. In diesem letzteren Falle kann der Beklagte nach seiner Verurtheilung im Zwangswege zur Zahlung der persönlichen Schuld angehalten werden, obwohl er das belastete Grundstück nicht mehr besitzt[8]).

D. Sonstige Wirkungen der Schuldübernahme.

1. Die Schuldübernahme begründet, abgesehen von dem Wechsel in der Person des Schuldners, in der Regel keine Aenderung an dem Inhalte der Schuld. Der objektive Bestand bleibt unverändert, Schuldübernahme ist kein Neuerungsvertrag. Es bleiben daher an sich auch die Nebenrechte der Schuld, z. B. Rechte auf Zinsen, Konventionalstrafe, Anspruch auf Schadenersatz wegen Verzugs des ursprünglichen Schuldners durch die Schuldübernahme unberührt, d. h. der Uebernehmer haftet auch für diese Ansprüche. Der Entwurf I enthielt in § 317 Abs. 1 Satz 1 sogar eine ausdrückliche, hierauf gerichtete Bestimmung. Die II. Kommission hat zwar diese Bestimmung gestrichen. Allein die Streichung ist allem Anscheine nach hauptsächlich deshalb geschehen, um für die Beurtheilung einzelner praktisch wichtiger Fälle von Nebenrechten, in denen Zweifel über das Fortbestehen möglich sind, der Wissenschaft und Praxis nicht vorzugreifen. Dies gilt namentlich dann, wenn mit der Forderung ein Zurückbehaltungsrecht (§ 233 des Entw. I, § 267 des G.B.'s) verbunden ist, das dem Gläubiger im Betreff einer ihm obliegenden Gegenleistung zusteht. Hier war die Kommission der Ansicht, daß der die Uebernahme genehmigende Gläubiger durch die Genehmigung in die Lösung des Zusammenhangs zwischen Forderung und Gegenforderung willige, also auf sein Zurückbehaltungsrecht verzichte. Wie jedoch Grützmann im Sächs. Arch. II, S. 431 richtig dargelegt hat, könnte dieser Grund höchstens bei dem kaufmännischen Zurückhaltungsrechte (Artt. 363 flg. des alten, Artt. 369 fl. des neuen H.G.B.'s) Anwendung leiden. Dagegen wirft Grützmann a. a. O. mit Recht die Frage auf, ob bei dem nicht kaufmännischen Zurückhaltungsrechte der Zusammenhang zwischen Forderung und Gegenforderung auf der Person des Gläubigers und nicht vielmehr auf dem Inhalte des Rechtsverhältnisses beruhe und ob der Gläubiger, der einen anderen Schuldner annimmt, damit wirklich eine sachliche Abschwächung seiner Rechtsstellung einräumen wolle.

2. Die Regel, daß Nebenrechte unberührt bleiben, erleidet nach § 418 eine

[8]) vergl. hierüber noch: Annalen des vormal. Sächs. O.A.G.'s N. F. 7 S. 314 flg., identisch mit Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 34 S. 379 flg.

Ausnahme bei den für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechten. Der Bürge leistet die Bürgschaft gewöhnlich nur mit Rücksicht auf die Person und unter Würdigung der Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Tritt an seine Stelle in Folge der Schuldübernahme eine andere Person, so würde die Haftung des Bürgen, wenn sie fortbestehen sollte, eine andere als die von ihm übernommene. Im Zweifel muß angenommen werden, daß der Bürge nicht auch für den neuen Schuldner die Bürgschaft eingegangen sein würde. Aehnlich ist auch das für die Forderung bestellte Pfandrecht zu beurtheilen. Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen daher durch die Schuldübernahme (§ 418 Abs. 1 Satz 1). Dies gilt auch von einer für die Forderung bestehenden Hypothek. Nach § 418 Abs. 1 Satz 2 tritt hier das Gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, d. h. es erwirbt nunmehr die Hypothek nach § 1168 der Eigenthümer des Pfandgrundstücks (Eigenthümerhypothek, § 1177 Abs. 1). Das Erlöschen der Bürgschaften und Pfandrechte tritt nur dann nicht ein, wenn der Bürge oder Derjenige, dem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in die letztere einwilligt (§ 418 Abs. 1 Satz 3). Eine derartige Einwilligung muß aber dann angenommen werden, wenn der Uebernehmer zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits Eigenthümer des Pfandgrundstückes ist, oder wenn er das belastete Grundstück nach § 416 von dem Schuldner erwirbt.[9]) In diesen Fällen würde der Uebernahmevertrag gar keinen praktischen Werth haben, wenn nicht die Hypothek bestehen bleiben sollte, auch kann sich keine der Parteien, weder der Schuldner noch der Uebernehmer, auf die rechtliche Stellung eines Bürgen berufen. Würden jedoch in dem in § 416 vorgesehenen Falle für die Forderung noch weitere Pfandrechte bestehen, die auf anderen nicht mit veräußerten Grundstücken haften, so würde auf diese Hypotheken die Vorschrift in § 418 Abs. 1 Satz 2 Anwendung leiden, wenn nicht die Eigenthümer der betreffenden Pfandgrundstücke ausdrücklich in die Schuldübernahme willigen würden. Es würde also Verzicht des Gläubigers auf die Hypotheken anzunehmen sein und diese selbst würden Eigenthümerhypotheken werden. Das Nämliche würde gelten, wenn die Schuldübernahme nach § 414 zwischen dem Uebernehmer und dem Gläubiger selbst vereinbart worden wäre. Hier würde es dem Zwecke des Uebernahmevertrags nicht entsprechen, wollte man den Schuldner persönlich aus dem Schuldverbande ausscheiden, seine Sache aber dem Gläubiger forthaften lassen (vgl. noch Grützmann a. a. O.).

Die Ausnahme unter 2 bezieht sich übrigens nur auf vertragsmäßige, nicht auch auf gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte.

3. Eine weitere Ausnahme von der Regel ist in Ansehung der mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechte (§ 54 der K.O.) bestimmt. Dem Schuldübernehmer kann das Recht nicht zugestanden werden, durch Rechtsgeschäfte in die Rangordnung einzugreifen, die für seine Gläubiger mit zwingender Nothwendig-

[9]) vergl. M. II S. 147, Grützmann im Sächs. Archiv II, 481.

keit bestimmt ist. Ist also mit der Forderung ein Vorzugsrecht verbunden, so kann dies nicht im Konkurse des Uebernehmers geltend gemacht werden (§ 418 Abs. 2). Es können also z. B. die mit einem persönlichen Vorzugsrechte verbundenen Ansprüche der Kinder und Mündel gegen ihren Vater und bez. Vormund aus § 54 Abs. 5 der K.O. nicht im Konkurse Desjenigen geltend gemacht werden, der diese Ansprüche nach §§ 414 flg. übernommen hat. Bei Einräumung eines derartigen Vorzugsrechtes würde die Füglichkeit geboten sein, zu Ungunsten der zur Zeit der Schuldübernahme bereits vorhandenen Gläubiger des Uebernehmers die gesetzliche Rangordnung durch Privatabkommen ändern zu können.

Anders verhält es sich bei der Abtretung einer Forderung, wo ein Wechsel nur in der Person des Gläubigers und nicht auch des Schuldners eintritt (§ 401 Abs. 2).

4. Daß der Uebernehmer zu allen an der Schuld haftenden Einwendungen berechtigt ist, ergiebt sich schon aus dem Wesen der Schuldübernahme. Dies bezieht sich auch auf die Einwendungen, die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben; denn durch dieses ist ja der objektive Bestand der Schuld bestimmt worden (vgl. auch § 1405 Satz 2 des Sächs. G.B.'s). Natürlich ist der Schuldübernehmer auch noch zu den nur das Verhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger betreffenden Einwendungen befugt, die Schuldübernahme enthält an sich kein abstraktes Schuldversprechen und kein unbedingt verpflichtendes Schuldanerkenntniß des Uebernehmers dem Gläubiger gegenüber.

Forderungen, die dem bisherigen Schuldner zustehen, kann jedoch der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber nicht aufrechnen, § 417 Abs. 1 Satz 2. Dies folgt aus dem Prinzipe der Sondernachfolge und der juristischen Natur der Aufrechnung (§ 387, 388). Durch die Sondernachfolge in die Schuld vollzieht sich noch keine Sondernachfolge in die Gegenforderung des bisherigen Schuldners. Nur auf einen von dem Gläubiger und dem alten Schuldner vor der Schuldübernahme abgeschlossenen Aufrechnungs v e r t r a g, durch den die Aufrechnung bereits vereinbart worden ist, könnte sich der Uebernehmer berufen.

Einwendungen, die der Uebernehmer aus dem dinglichen Vertrage herzuleiten vermag, insbesondere die Ungültigkeit des Vertrags, muß sich der Gläubiger ebenfalls gefallen lassen.

Dagegen kann der Uebernehmer aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner dem Gläubiger gegenüber keine Einwendungen ableiten (§ 417 Abs. 2). Wäre z. B. der Uebernahmevertrag von dem Uebernehmer in der irrthümlichen Voraussetzung einer zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Verpflichtung zur Schuldübernahme geschlossen werden, so würde dem Uebernehmer die condictio indebiti zwar gegen den Schuldner, nicht aber gegen den Gläubiger zustehen, für diesen ist der Rechtsgrund der Schuldübernahme eine res inter alios.

E. Besondere Bestimmungen sind in § 419 noch für den Fall getroffen, wenn Jemand, abgesehen von dem Falle des Erbschaftskaufes (§§ 2382, 2385) durch Vertrag das — gegenwärtige — Vermögen eines Andern übernimmt (§ 311). Hier können die Gläubiger des Veräußerers unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche mit der aus § 419 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung auch gegen den Uebernehmer geltend machen. Diese Befugniß der Gläubiger kann durch Vereinbarung zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Uebernehmer nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Nicht zu verwechseln mit der Schuldübernahme nach §§ 414 flg. ist übrigens der in § 329 vorgesehene Fall, wo sich in einem Vertrage der eine Theil zur Befriedigung des Gläubigers des anderen verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen — sog. Erfüllungsübernahme, wie dies in § 318 Abs. 1 des I. Entw. und in den Motiven II S. 147 genannt wird. In diesem Falle ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger aus dem Vertrage ein selbständiges Recht auf Befriedigung gegen den Versprechenden erwerben soll (§ 329). Nicht richtig ist es, wenn von Fischer und Henle, das Bürgerl. G.B., zu § 415 Bemerkung 6 der in § 415 Abs. 3 erwähnte Zustand als Erfüllungsübernahme bezeichnet wird. Hier liegt vielmehr eine wirkliche Schuldübernahme vor, deren Wirksamkeit jedoch bis zur Genehmigung des Gläubigers noch hinausgeschoben wird. Allerdings ist der rechtliche Zustand der nämliche, wie im Falle des § 329, es besteht zunächst nur eine Verpflichtung des Uebernehmers gegen den Schuldner, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen, ohne daß der Gläubiger ein selbständiges Klagerecht hat. Allein bei der Schuldübernahme nach § 415 flg. ist von vornherein von den Parteien etwas ganz anderes beabsichtigt als nach § 329, der Zweck der Schuldübernahme geht dahin, dem Gläubiger ein selbständiges Klagrecht gegen den Uebernehmer zu verschaffen, während dies nach § 329 gerade ausgeschlossen ist. § 329 enthält das Versprechen der Leistung an einen Dritten, § 415 Abs. 3 enthält eine gesetzliche Wirkung des Schuldübernahmevertrages, wenn er von dem Gläubiger nicht oder noch nicht genehmigt ist. Als „Erfüllungsübernahme“ kann nur der in § 329 vorgesehene Vertrag bezeichnet werden.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Grobes Verschulden einer Verwaltungsbehörde bei Erlaß einer Strafverfügung wegen einer bereits verjährten Uebertretung? Anspruch auf Ersatz der durch die Vertheidigung vor dem Schöffengericht entstandenen Anwaltskosten, Zulässigkeit des Rechtswegs. §§ 1506, 1507 des B.G.B.'s, §§ 497 Satz 2, 453, 454, 137, 140 der Str.Pr.O., § 67 des Str.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 8. Juni 1897. O. I. 26/97.

Der Kläger fordert den Ersatz von 61 ℳ 13 ₰ nebst 5% Zinsen seit der Klagzustellung als Kosten der Vertheidigung in einem Strafverfahren, das durch eine Strafverfügung der Amtshauptmannschaft N. wider ihn eingeleitet, in dem er aber auf erhobenen Widerspruch wegen Verjährung der Strafthat kostenlos freigesprochen worden ist. Er macht geltend, daß ihm die Vertheidigungskosten durch eine Fahrlässigkeit der Amtshauptmannschaft N. verursacht worden seien.

Das Landgericht wies die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs ab.

Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Der Kläger macht geltend, daß sein Anspruch auf einer Verschuldung der Amtshauptmannschaft N. beruhe, von der wegen einer verjährten Strafthat eine Strafverfügung nicht habe erlassen werden dürfen, daß dieser Anspruch ein Privatrecht darstelle und daß er deshalb nicht wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs habe abgewiesen werden können. Darin ist ihm Recht zu geben. Die Abweisung der ersten Instanz ist aber auch nach den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urtheils nicht in dem Sinne ausgesprochen, daß der erhobene Anspruch keine vor die ordentlichen Gerichte gehörige bürgerliche Rechtsstreitigkeit darstelle (§ 13 des G.V.G.'s), sondern von den Verwaltungsbehörden zu entscheiden sei; sondern sie ist nur dahin zu verstehen, daß der Anspruch des in einer Strafsache freigesprochenen Angeschuldigten auf Ersatz der ihm durch seine Vertheidigung verursachten Kosten nur insoweit materiell begründet, dann aber auch nur mit den in der Strafprozeßordnung (§ 496, Abs. 2) gegebenen Rechtsmitteln und nicht mit besonderer Klage durchführbar sei, als der Strafrichter von der ihm in § 499, Abs. 2 der Strafprozeßordnung eingeräumten Befugniß Gebrauch gemacht und der Staatskasse die dem Angeschuldigten erwachsenen nothwendigen Auslagen auferlegt hat, daß aber, wenn eine solche Entscheidung unterblieben ist, nicht noch eine auf den Verstoß eines Beamten gestützte Schädenklage zur Erlangung des Ersatzes der erwachsenen Vertheidigungskosten gegeben sei. Daß dann, wenn der Strafrichter von der Befugniß des § 499, Abs. 2 der Strafprozeßordnung Gebrauch gemacht hat, der hierdurch begründete Erstattungsanspruch nur mit den durch die Strafprozeßordnung gegebenen prozessualen Rechtsmitteln verfolgt werden kann, ist ohne Weiteres anzuerkennen. Der weitergehenden Ausführung der ersten Instanz kann aber nicht beigetreten werden.

Nach den §§ 150 flg., 1507 des B.G.B.'s haftet jeder richterliche und jeder Verwaltungsbeamte für den Schaden, den er bei Behandlung der ihm obliegenden Geschäfte absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit einem Dritten verursacht hat, soweit nicht der Verletzte es unterlassen haben sollte, die gesetzlichen Mittel zu gebrauchen, durch die er die Schadenzufüng hätte abwenden können. Außerdem ist auf Grund des Rescripts vom 11. Oktober 1796 von der sächsischen Praxis allgemein anerkannt, daß der Staat für die Versehen seiner Beamten neben diesen selbst in dem Umfange civilrechtlich zu haften hat, als die Beamten selbst dafür einzustehen haben würden (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 41 S. 219 flg., Siebenhaar's Lehrbuch des Sächsischen Privatrechts, S. 718 N. 2). Diese gesetzlichen Vorschriften sind ganz unabhängig davon zur Anwendung zu bringen, ob etwa die sonstigen Gesetze eine Handhabe dazu bieten, einen durch das Versehen eines Beamten Geschädigten durch Zubilligung der Erstattung ihm erwachsener Kosten schadlos zu halten und ob im einzelnen Falle die zur Entscheidung hierüber berufene Stelle Anlaß genommen hat, von der gesetzlichen Befugniß Gebrauch zu machen. Deshalb wird auch dem freigesprochenen Angeschuldigten selbst dann, wenn der Strafrichter die Vorschrift des § 499, Absatz 2 der Str.Pr.O. nicht zu seinem Gunsten angewendet hat, die ihm durch das Strafverfahren verursachten Schäden, mögen sie nur in Kosten oder in anderen Aufwendungen bestehen, von einem Beamten oder dem Staatsfiskus im Klagwege ersetzt verlangen können, wenn er nachzuweisen vermöchte, daß er absichtlich oder durch eine grobe Fahrlässigkeit des Beamten in das Strafverfahren verwickelt worden sei.

Was insbesondere den Fall des Klägers betrifft, so hat dieser selbst auf ein absichtliches Verschulden der Amtshauptmannschaft N. sich nicht berufen. Andererseits läßt sich aber wohl sagen, daß es eine grobe Fahrlässigkeit darstellen würde, wenn die Amtshauptmannschaft wegen einer ersichtlich verjährten und darnach (vergl. § 66 des Str.G.B.'s) straflos gewordenen Uebertretung nach § 453 der Str.Pr.O. verbunden § 1 des Gesetzes vom 8. März 1879 eine Strafverfügung erlassen und dadurch den Kläger genöthigt hätte, zur Verhütung einer ungerechten Strafvollstreckung (§ 3 des Gesetzes vom 8. März 1879) den Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu stellen (§ 454 der Str.Pr.O.) und damit die Sache zur Hauptverhandlung vor das Schöffengericht zu bringen (§§ 456 verbunden 211 der Str.Pr.O.). Auch würde der auf eine solche Verschuldung der Amtshauptmannschaft N. begründete Anspruch des Klägers auf Ersatz der ihm durch das Strafverfahren entstandenen Vertheidigungskosten nicht schon mit der Begründung zurückgewiesen werden können, daß der Kläger in der Lage gewesen sei, beim Schöffengericht die Anwendung von § 499 Abs. 2 der Str.Pr.O. zu beantragen und im Falle der Ablehnung seines Antrags dieserhalb Berufung einzuwenden (Löwes Kommentar zur Strafprozeßordnung, S. 930 Nr. 5a verbdn. S. 926 Nr. 7 der 8. Auflage). Denn insoweit hätte es sich nicht sowohl um den Nicht-

gebrauch der gesetzlichen Mittel zur Abwendung der Schadenzufügung gehandelt, in welchem Falle nach den §§ 1506, 1507 des B.G.B.'s die Ersatzklage gegen den schuldigen Beamten ausgeschlossen ist, sondern nur um die Nichtanwendung eines gesetzlichen Mittels zur Erlangung des Ersatzes der durch das Strafverfahren bereits erwachsenen Schäden. Die Unterlassung derartiger Rechtsmittel schließt den Ersatzanspruch gegen den schuldigen Beamten und mithin auch gegen den Staatsfiskus nicht aus. Gleichwohl hat das Berufungsgericht den Ersatzanspruch des Klägers nicht anzuerkennen vermocht.

Die dem Kläger beigemessene Uebertretung nach § 370 Nr. 1 des Str.G.B.'s war am 20. Dezember 1895 vom Kirchenvorstande zu Z. der Kircheninspektion, zu der die Amtshauptmannschaft N. gehört (§ 5 des Organ. Gesetzes vom 21. April 1873), mit dem Bemerken angezeigt worden, daß die Verfehlung bei einer am 18. November 1895 erfolgten Begehung der Grenzen eines Theiles des Z.er Pfarrlehns festgestellt worden sei. Nach einem Schriftwechsel innerhalb der Kircheninspektion gelangte die Anzeige am 16. Januar 1896 an die Amtshauptmannschaft N. als Polizeibehörde, von der sodann die Strafverfügung gegen den Kläger unter dem 20. Januar erlassen und am 23. Januar 1896 zugestellt worden ist. Ob eine Polizeibehörde, vor dem Erlasse einer Strafverfügung nähere Erörterungen über die Strafthat und insbesondere über die Zeit ihrer Begehung anzustellen habe, hängt von der Sachgestaltung des einzelnen Falles ab. In den Gesetzen ist eine Verpflichtung dazu für alle Fälle nicht ausgesprochen; sie ist auch nicht aus dem Wesen des auf eine einfache Erledigung geringfügiger Verfehlungen abzielenden Verfahrens der Strafverfügung zu begründen (§ 453 der Str.Pr.O., § 1 des Gesetzes vom 8. März 1879). Selbst in den Ausführungsbestimmungen zu dem letzteren Gesetze (V.O. vom 15. September 1879) ist eine solche Vorerörterung nicht vorgeschrieben und der Gebrauch des ihnen beigegebenen Formulars zu einer Strafverfügung (S. 357 des G.- u. V.-Bl. von 1879), in dem eine Angabe über Zeit und Ort der Verübung vorgesehen ist, nicht zur Pflicht gemacht, sondern nur anheimgestellt. Die Amtshauptmannschaft N. konnte daher auf eine glaubhafte Anzeige, wie sie hier vorlag, ohne den Vorwurf groben Verschuldens auch am 20. Januar 1896 noch eine Strafverfügung an den Kläger erlassen, wenn sich nur sonst aus der Anzeige bei einer auch minder aufmerksamen Sachprüfung (§ 122 des B.G.B.'s) kein Anhalten dafür ergab, daß die Uebertretung inzwischen verjährt und dadurch straflos geworden sei. In der That war die Sachlage nicht derart, daß die Amtshauptmannschaft bei einer Sachprüfung der bezeichneten Art hätte zu der Annahme kommen müssen, die Uebertretung sei beim Erlasse der Strafverfügung bereits verjährt gewesen. Bei der Art der dem Kläger beigemessenen Verfehlung, die bei einer in den Herbst fallenden Feldarbeit vorgekommen sein sollte, und da gerade Vorgänge der hier fraglichen Art unter den Betheiligten nicht unbemerkt zu bleiben pflegen und sehr bald zu Erörterungen Anlaß geben, durfte die Amtshauptmannschaft gegenüber der Anzeige wohl voraus-

setzen, daß die Uebertretung des Klägers sich erst kurz vor der am 18. November 1895 geschehenen Feldbegehung zugetragen habe, daß also auch am 20. und 23. Januar 1896 die dreimonatliche Verjährungsfrist von § 67 des Str.G.B.'s noch nicht abgelaufen gewesen sei. Die vor dem Erlasse der Strafverfügung eingetretene Verzögerung in der Erledigung der Angelegenheit kann am allerwenigsten als eine Verschuldung in Betracht kommen, durch die dem Kläger die jetzt geforderten Vertheidigungskosten veranlaßt worden wären. Diese Verzögerung ist dem Kläger höchstens günstig gewesen, insofern bei einem früheren Erlasse der Strafverfügung der Einwand der Verjährung, vermöge deren er freigesprochen worden ist, annehmbar nicht Platz gegriffen haben würde. Ebenso unerheblich ist die Behauptung des Klägers, daß er 3—4 Tage nach dem Erlasse der Strafverfügung an die Amtshauptmannschaft sich gewendet, seine Unschuld behauptet, Abhörung von Zeugen beantragt, aber kein Gehör gefunden habe. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, daß die Polizeibehörde eine von ihr erlassene Strafverfügung wieder zurücknimmt, wenn sie sich nachträglich von der Straflosigkeit der That oder der Unschuld des Thäters überzeugen sollte (Strafprozeßordnung § 454 Abs. 2, Geschäftsordnung für die Justizbehörden § 832 Abs. 3). Allein das angebliche Vorbringen des Klägers war nicht geeignet, Zweifel in der Richtung anzuregen, daß dieser die Uebertretung zwar begangen habe, seit ihrer Begehung aber zur Zeit des Erlasses der Strafverfügung die Verjährung abgelaufen gewesen sei.

Es fehlt also schon an dem Beweise einer der Amtshauptmannschaft N. beizumessenden groben Fahrlässigkeit, durch die der Kläger in das Strafverfahren verwickelt worden wäre. Außerdem würden aber auch, wenn ein solches Verschulden vorläge, die vom Kläger geforderten Kosten des von ihm angenommenen Vertheidigers nicht als durch dieses Verschulden verursacht angesehen werden können. Die Vertheidigung des Klägers in dem Verfahren vor dem Schöffengericht war nicht nothwendig (§§ 137, 140 der Str.Pr.O.). Zwar konnte der Kläger einen Vertheidiger zuziehen und die ihm dadurch entstandenen Kosten könnten unter geeigneten Umständen wohl auch als zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendig angesehen werden. Allein, soweit es sich für den Kläger um die Vertheidigung auf Grund der Verjährung der ihm beigemessenen Strafthat handelte, war die Zuziehung eines Vertheidigers im Verhältnisse zu einem etwa ersatzpflichtigen Beamten nicht nothwendig. Der Verjährungseinwand war amtswegen zu beachten und ohne weiteres gegeben, wenn die Begehung der Handlung innerhalb des Verjährungszeitraumes vom Kläger bestritten und sie ihm nicht nachgewiesen wurde. Insoweit dagegen der Kläger Anlaß hatte, unabhängig von der Verjährung rücksichtlich des strafrechtlichen Charakters seiner That, seiner etwaigen Berechtigung dazu oder wegen sonstiger Zweifel in der Sache einen Vertheidiger zuzuziehen und durch diesen auch noch die Oertlichkeit besichtigen zu lassen, kann er sich nicht darauf berufen, daß die ihm abgeforderten Vertheidigungskosten durch eine Verschuldung der Amtshauptmannschaft erwachsen seien, die eben immer nur darin gefunden

werden könnte, daß trotz eingetretener Verjährung der Strafthat noch zum Erlasse der Strafverfügung verschritten worden ist.

Der Anspruch des Klägers ist nach Alledem unbegründet und aus diesem Grunde abzuweisen. Daß die erste Instanz die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abgewiesen hat, hat nach dem oben Bemerkten nicht die Bedeutung einer Abweisung auf Grund einer prozeßhindernden Einrede (§ 247 Nr. 2 der C.P.O.) und ist dem Kläger nicht nachtheiliger, wie wenn die einfache Abweisung ausgesprochen worden wäre, giebt daher auch zu einer Aenderung der Urtheilsform keinen Anlaß.

Die Bestimmung in § 390 des B.G.B.'s findet auf Forderungen, die der Ehefrau gegen den Ehemann zustehen, keine Anwendung. (§§ 1688, 626, 660 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 29. Mai 1897. (O. VII. 18/97.)

Der Kläger ficht eine auf dem Grundstücke des Ehemannes der Beklagten für letztere eingetragene Einbringensforderung an. Es herrscht Streit über den Bestand des Einbringens und darüber, ob sich Beklagte auf § 390 des B.G.B.'s berufen dürfe. Es handelt sich insbesondere um Forderungen, welche die Beklagte während der Ehe gegen ihren Ehemann erlangt haben will.

Aus den Gründen:

Nach Ansicht des Berufungsgerichts greift § 390 B.G. in Bezug auf Forderungen, die der Ehefrau gegen den Ehemann zustehen, nicht Platz.

Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts gründet sich in der Hauptsache auf Erwägungen, die aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes abgeleitet sind, und sich mit der Fassung derselben sehr wohl vereinbaren lassen.

Der Held'sche Entwurf des B.G.B. lehnte sich in § 1439 eng an § 38 des Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 an und gewährte demgemäß den Rechtsgrund zur Erlangung einer gesetzlichen Hypothek wegen des dem Ehemanne bei der Eingehung der Ehe oder während der Ehe zugebrachten beweglichen Vermögens. In den Motiven (S. 325) wird ausgeführt, daß eine Sicherstellung der Ehefrau zwar nicht bezüglich ihrer Grundstücke erforderlich sei, wohl aber in Ansehung des übrigen Vermögens, insoweit es nicht nach den Bestimmungen über den Nießbrauch einer gefährdenden **Verfügung** des Ehemannes entzogen sei. Damit war deutlich gesagt, daß die gesetzliche Hypothek nicht den Zweck haben sollte, die Ehefrau gegen alle Nachtheile zu schützen, die ihr aus dem ehemännlichen Nutznießungs- und Verwaltungsrechte erwachsen konnten. Die Hypothek sollte sich vielmehr nur auf die Vermögensstücke beziehen, die in Folge der ehemännlichen Befugnisse der Verfügungs-

gewalt des Ehemannes rechtlich oder thatsächlich in einer die Ehefrau vermögensrechtlich gefährdenden Weise unterworfen wurden.

Auch bei Grundstücken kann die Ehefrau durch die Verwaltungsbefugnisse ihres Ehemannes geschädigt werden, da der Ehemann das Besitzthum seiner Ehefrau durch unpflegliche Wirthschaft entwerthen kann. Andrerseits darf der Ehemann zwar nicht über Forderungen seiner Ehefrau zu deren Nachtheile verfügen, da er sie ohne die eheweibliche Genehmigung weder veräußern noch einheben darf. Allein immerhin ist auch bei ihnen eine aus der ehemännlichen Verwaltung sich ergebende Schädigung der Ehefrau denkbar, weil der Ehemann die erforderliche Ueberwachung des Schuldners unterlassen und den zur Einhebung der Forderung geeigneten Zeitpunkt versäumen kann. Diese Ansprüche aus der Verwaltung des eheweiblichen Vermögens sollten aber nach dem Held'schen Entwurfe den Rechtsschutz einer gesetzlichen Hypothek nicht genießen, und es hat sich der Verfasser desselben offensichtlich von der Erwägung leiten lassen, daß sich die Ehefrau gegen derartige Gefährdungen zur Genüge durch andere Rechtsbehelfe (z. B. durch Erwirkung von Arrestmaßregeln) sichern könne, und daß die der Ehefrau in dieser Richtung drohenden Gefahren immerhin nicht erheblich genug seien, um eine Rechtsvergünstigung von der Tragweite einer gesetzlichen Hypothek zu rechtfertigen.

Dem Held'schen Entwurfe gegenüber ging der der Revisionskommission vorgelegte Entwurf (vergl. Protokoll 66 S. 23 flg.) bedeutend weiter. Danach sollte die gesetzliche Hypothek dienen

„zur Sicherung ihres bei Eingehung oder während der Ehe in die Verwaltung des Mannes übergegangenen Vermögens und der aus dieser Verwaltung entstehenden Ansprüche."

Diese Fassung ließ über die Absichten des Verfassers der Vorlage keinen Zweifel aufkommen. Danach sollte die Ehefrau wegen aller Nachtheile geschützt werden, die ihr aus den ehemännlichen Befugnissen entstehen konnten, und die Hypothek bezog sich auch auf Vermögensstücke, die zwar nicht der Verfügungsgewalt des Ehemannes unterworfen waren, immerhin aber zu Schädenansprüchen der Ehefrau aus dem Gesichtspunkte mangelhafter Verwaltung Anlaß bieten konnten. Die Hypothek bezweckte sonach nicht nur die Sicherstellung des der Ehefrau nach Auflösung der Ehe zustehenden Rückgabeanspruchs, sondern den Schutz aller in dem ehemännlichen Nießbrauchs- und Verwaltungsrechte wurzelnder Befugnisse, sodaß die Ehefrau den gesetzlichen Rechtsbehelf beispielsweise auch dann geltend machen konnte, wenn der Ehemann in Folge ungenügender Ueberwachung des Schuldners den zur Einziehung der Forderung geeigneten Zeitpunkt übersehen und dadurch seine Ehefrau geschädigt hatte.

Bei den Berathungen der Revisionskommission ist nun aber diese Bestimmung (vergl. insbesondere die Ausführung des Geh. Rathes Marschner am angef. Orte) auf das Entschiedenste bekämpft und die Rückkehr zu dem Held'schen Entwurfe und dem Gesetze vom 6. November 1843 befürwortet worden. Dabei ist

39*

insbesondere hervorgehoben worden (vergl. die Darlegungen des Dr. Schneider am angef. Orte), es stehe mit der Würde des ehelichen Verhältnisses nicht im Einklange, wenn, wie durch Ausdehnung des gesetzlichen Rechts auf Ansprüche aus der ehemännlichen Verwaltung geschehe, der Ehemann zu seiner Ehefrau in das Verhältniß eines Verwalters ihres Vermögens gestellt und in dieser Eigenschaft gleich von Haus aus als Gegenstand eines berechtigten Mißtrauens von seiten seiner Ehefrau bezeichnet werde. Es müsse vielmehr der Frau, wenn sie Ursache zu Befürchtungen wegen der ehemännlichen Verwaltung zu haben glaube, selbst überlassen werden, Sicherungsmaßregeln zu beantragen. Von anderer Seite (vergl. die Ausführungen des Vorsitzenden der Kommission am angef. Orte) wurde betont, daß die Haftung der Hypothek nur auf das in beweglichen und fungibeln Gegenständen bestehende Einbringen zu erstrecken sei, und schließlich gelangte die Auffassung zum Durchbruche, daß „der Anspruch auf Rückgabe des Eingebrachten als dasjenige zu bezeichnen sei, was durch die Hypothek gesichert werden solle."

Von dieser Auffassung aus wurde die Fassung des Held'schen Entwurfs im Wesentlichen wiederhergestellt. Dieser Gang der Verhandlungen läßt deutlich erkennen, daß als Gegenstand des Hypothekenschutzes lediglich der Anspruch auf Rückerstattung des eheweiblichen Vermögens im Sinne von § 1688 B.G.B. zu gelten hat, während alle übrigen Ansprüche sollten sie auch als Ausfluß der ehemännlichen Verwaltung anzusehen sein, außer Betracht zu bleiben haben. Somit kann die gesetzliche Hypothek nur bei denjenigen Vermögensstücken in Frage kommen, bei denen begrifflich von einer Rückgabe die Rede sein kann, also bei den Vermögenswerthen, die in Folge der ehemännlichen Befugnisse in die Verfügungsgewalt des Mannes gelangt sind, sei es daß er, wie bei Geld und anderen verbrauchbaren Sachen, Eigenthümer derselben wird, sei es daß ihm die mit dem Nießbrauche verbundene Innehabungsbefugniß, wie bei nicht verbrauchbaren körperlichen Sachen zusteht, welche die thatsächliche Herrschaft über sie und damit die Möglichkeit verleiht, sie endgültig seiner Ehefrau zu entziehen.

Daraus ergiebt sich zunächst, daß die gesetzliche Hypothek bei Forderungen der Ehefrau an Dritte der Regel nach nicht in Betracht kommen kann. Bei ihnen giebt die Ehefrau nichts hin — sie kann somit auch nichts zurückempfangen. Sie bleibt Inhaberin der Forderung und Gläubigerin des Schuldners, der Ehemann erlangt keine Verfügungsgewalt, da er den Anspruch ohne eheweibliche Genehmigung weder veräußern, noch einheben kann (§ 1677 Satz 1). Die Beendigung der Ehe begründet hier keinen Rückforderungsanspruch, sondern hat nur die Bedeutung, daß die Ehefrau bei Geltendmachung der Forderung nicht mehr an die Mitwirkung des Ehemannes gebunden ist. Eine Gefährdung der Ehefrau — z. B. hervorgerufen durch ungenügende Ueberwachung des Schuldners — ist hier ledig-

lich aus dem Gesichtspunkte mangelhafter ehemännlicher Verwaltungsthätigkeit denkbar und kann nach dem oben Ausgeführten nicht in Betracht kommen.

Dieselben Erwägungen greifen aber auch bei Forderungen Platz, die der Ehefrau gegen den Ehemann selbst zustehen. Nach den Grundsätzen, wie sie — im Gegensatze zu früheren Rechtsanschauungen (vergl. Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts Bd. 6 S. 481 flg.) — im bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen in völlig unzweideutiger Weise zum Ausdrucke gelangt sind (vergl. §§ 660, 626 B.G.B.) wird der Bestand einer Forderung dadurch, daß der Schuldner den Nießbrauch daran erlangte, in keiner Weise berührt. Die Forderung bleibt bestehen mit der rechtlichen Natur und Tragweite, die sie von Haus aus hatte — als Kaufpreis-, Darlehnsforderung u. dergl. Ihre Nebenrechte — Hypotheken und Bürgschaftsforderungen — bleiben unberührt, der bisherige Gläubiger bleibt Inhaber der Forderung und hat sich lediglich der Einhebung des Anspruchs zu enthalten. Andrerseits ist der Nießbraucher nicht befugt, über die Forderung, deren Schuldner er ist, durch Abtretung an Dritte zu verfügen. Dies gilt auch von ehemännlichen Nießbrauche:

Vergl. Schmidt, Vorlesungen über Sächsisches Privatrecht Bd. 2 S. 42; Grützmann, Lehrbuch des K. S. Privatrechts Bd. 1 S. 394; Siebenhaar, Kommentar z. B.G.B., 2. Aufl., Bd. 3 S. 74; Urtheil des Oberlandesgerichts in Sachen der minderjährigen Geschwister Ehrler ./. den Rechtsanwalt Blaufuß vom 7. November 1895 (G. S. O VII. 53/95) S. 6/7 — abgedruckt in den Annalen Bd. XVII S. 261 flg. —

Bei dieser Sachlage kann aber auch hier von einem Rückgabeanspruche der Ehefrau und davon, daß ein Vermögensstück derselben der Verfügungsgewalt des Ehemannes unterworfen würde, nicht die Rede sein. Die Beendigung der Ehe ruft keinen Herausgabeanspruch hervor, sondern hat nur die Folge, daß eine der Geltendmachung der Forderung hinderliche Schranke von selbst wegfällt. Daß die Ehefrau auch bei einer Forderung an den Ehemann durch die ehemännlichen der Durchführung des Anspruchs hinderlichen Befugnisse dann Nachtheile erleiden kann, wenn der Ehemann während der Ehe in Vermögensverfall geräth, läßt sich freilich nicht bezweifeln, und andrerseits ist es sehr wohl denkbar, daß sich in dieser Hinsicht, da der Ehemann seiner Ehefrau nicht nur als Schuldner, sondern auch als Verwalter ihres Vermögens gegenüber steht, Ersatzforderungen aus dem Rechtsgrunde der ehemännlichen Verwaltung geltend machen ließen; allein diese Ansprüche sind nach der Tragweite, die dem § 390 beizulegen ist, von dem Schutze der gesetzlichen Hypothek ausgeschlossen.

Diese Auffassung, die von

Siegmann, Hypothekenrecht 1875 S. 46 und von Grützmann, am angef. Orte S. 306, der allerdings die Forderungen der Ehefrau an den Ehemann keiner besonderen Besprechung unterzieht,

getheilt wird und bezüglich der Forderungen an dritte Personen auf dem Boden

des für die Auslegung von § 390 B.G.B. besonders werthvollen Hypothekengesetzes vom 6. November 1843 auch in den

Annalen des Oberappellationsgerichts, N. F. Bd. 1 S. 223, 224,

zum Ausdrucke gelangt ist, deckt sich überdies mit den Motiven zu dem jetzt in Geltung befindlichen Gesetzbuche S. 700 zu § 401 des Entwurfs. Denn dort ist unter b ausdrücklich hervorgehoben, daß sich der gesetzliche Rechtstitel auf Ansprüche aus der ehemännlichen Verwaltung nicht erstrecke, und wenn unter a Forderungen der Ehefrau an Dritte der gesetzlichen Hypothek um deswillen entzogen werden, weil bei ihnen der Ehemann kein Dispositionsrecht habe, so schlägt dieser Grundgedanke, wie bereits oben bemerkt worden ist, auch bei Forderungen der Ehefrau an den Ehemann durch.

Diese Erwägungen müssen dazu führen, daß auf die Forderungen der Beklagten an ihren Ehemann keine Rücksicht genommen werden darf und insbesondere auch nicht erörtert zu werden braucht, ob in Ansehung dieser Forderungen ein Anspruch der Beklagten aus dem Rechtsgrunde der ehemännlichen Verwaltung gegeben sei. In dieser Richtung liegt die Sache wesentlich anders, als bei dem durch § 391 B.G.B. geschaffenen Rechtstitel und dem auf § 54 Z. 5 K.O. beruhenden Rechtsbehelfe. Denn der Erstere erstreckt sich, bei dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen, nach dem ausdrücklichen Wortlaute des Gesetzes auch auf die aus der väterlichen Verwaltung entstehenden Ansprüche, während im Falle von § 54 Z. 5 K.O. überhaupt nur von Ansprüchen aus der Verwaltung die Rede sein kann. Es braucht deshalb dermalen nicht, wie in dem oben erwähnten oberlandesgerichtlichen Urtheile auf eine Erörterung der Frage eingegangen zu werden, ob der Schuldner in seiner Eigenschaft als Verwalter des dem Nießbrauche unterliegenden Vermögens zur Entstehung von Schädenansprüchen Anlaß gegeben habe.

In

Siebenhaars Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl., Bd. 1 S. 363, Bd. 3 S. 74

ist die Meinung vertreten, daß § 390 auch bei Forderungen der Ehefrau an den Ehemann dann Platz greifen könne, wenn die Ehegatten sich darüber vereinigt hätten, daß der Gegenstand der Forderung als inferiert zu gelten habe, und die Forderung auf bewegliche Sachen gehe. Dem läßt sich jedenfalls in Fällen der dermalen fraglichen Art nicht beipflichten. Der Gesetzgeber knüpft den Rechtsschutz des § 390 an einen bestimmten Thatbestand, und es geht nicht an, daß sich die Betheiligten diesen Thatbestand hinterher durch eine Fiction — die der Zahlung und Wiederhingabe — künftig schaffen. In Wirklichkeit liegt solchenfalls immerhin der vom Gesetzgeber vorausgesetzte Thatbestand — die durch die ehemännlichen Befugnisse hervorgerufene Hingabe eines Vermögensstückes in die ehemännliche Verfügungsgewalt — nicht vor.

Klage auf Herausgabe und eidliche Bestärkung eines Nachlaßverzeichnisses. Förmelung des Specificationseides. (§ 2301 des B.G.B.'s, §§ 711, 774 der C.P.O.)

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 25. Juni 1897. O. III. 28/97.

Durch das Urtheil des Landgerichts ist Kläger mit seiner auf Herausgabe und eidliche Bestärkung eines den Nachlaß der Ehefrau des Beklagten umfassenden Verzeichnisses gerichteten Klage, soweit er darin die eidliche Bestärkung des vom Beklagten herausgegebenen Nachlaßverzeichnisses gefordert hat, zur Zeit abgewiesen und zur Tragung der Streitkosten verurtheilt worden, während betreffs der vom Kläger geforderten Herausgabe des fraglichen Verzeichnisses selbst in den Entscheidungsgründen bemerkt ist, daß sich der Rechtsstreit insoweit durch die vom Beklagten auf die Klage bewirkte Vorlegung des Nachlaßverzeichnisses erledigt habe.

Kläger hat Berufung eingelegt mit dem Antrag „das angefochtene Urtheil aufzuheben und dem Klagantrage gemäß zu erkennen“, d. h. „den Beklagten zur Herausgabe und eidlichen Bestärkung eines die zum Nachlasse seiner Ehefrau gehörigen Sachen, Rechte und Forderungen sowie die aus Nachlaßmitteln von ihm angeschafften Gegenstände umfassenden Nachlaßverzeichnisses zu verurtheilen“ und zur Begründung seines Rechtsmittels ausgeführt:

Das vom Beklagten herausgegebene Nachlaßverzeichniß sei fehlerhaft und deshalb die Sachlage so zu beurtheilen, als ob ein solches Verzeichniß überhaupt nicht vorliege. Der Beklagte sei daher verpflichtet, ein neues Nachlaßverzeichniß herauszugeben und dessen einzelne Posten zu belegen. Die Herausgabe eines solchen Verzeichnisses müsse er namentlich auch deshalb verlangen, weil der Beklagte in dem bisher herausgegebenen verschiedene zum Nachlasse seiner Ehefrau gehörige Aktivposten nicht mit berücksichtigt habe, so namentlich 5 Sparkassenbücher, die zwar auf den Namen des Beklagten ausgestellt, thatsächlich aber Eigenthum der Erblasserin gewesen seien; auch vermisse er in dem vorliegenden Nachlaßverzeichniß den 2400 ℳ betragenden Erlös für den Verkauf eines Kolonialwaarengeschäftes und einen Lotterie-Gewinn von 1260 ℳ. Kläger benennt hierfür eine Zeugin, kann aber in dieser Richtung nähere thatsachliche Angaben nicht machen, sondern nur anheimgeben, die Sache auf Grund der erwähnten Erinnerungen zu erörtern, auch will er den Klagantrag — wie er auf Befragen des Gerichts erklärt — nicht ändern.

Das Urtheil wurde in Ansehung der Klagabweisung dahin abgeändert:

Der Beklagte wird verurtheilt, die Vollständigkeit und Richtigkeit des von ihm nach Bl.— der Prozeßakten herausgegebenen Verzeichnisses des Nachlasses seiner Ehefrau, dessen Berichtigung und Ergänzung ihm inzwischen vorbehalten bleibt, zu beeiden.

Im Uebrigen wurde die Berufung zurückgewiesen.

Die Gründe lauten:

I. Mit Recht hat das Landgericht die Klage insoweit für erledigt erachtet,

als sie auf die blose Herausgabe des vom Kläger geforderten Nachlaßverzeichnisses gerichtet ist. Denn insoweit hat der Beklagte die ihm obliegende Verpflichtung durch Zustellung des Verzeichnisses Bl. der Prozeßakten an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers erfüllt, zumal da dieses Verzeichniß völlig übersichtlich und verständlich ist und auch sonst den an ein solches zu stellenden Anforderungen entspricht,

(vergl. auch Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. XIV S. 261 flg.).

Kläger kann sein Verlangen nach Herausgabe eines neuen Nachlaßverzeichnisses auch nicht durch die Behauptung rechtfertigen, daß das vorgelegte unrichtig und namentlich deshalb fehlerhaft sei, weil darin die im Thatbestand erwähnten Sparkassenbücher und Gelder nicht mit aufgeführt seien. Denn diese angebliche Unvollständigkeit berechtigt den Kläger noch nicht zu einem solchen Verlangen und ebensowenig kann er die Erörterung der gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des Verzeichnisses gezogenen Erinnerungen im vorliegenden Rechtsstreit beanspruchen, vielmehr kann er deren Erledigung — dafern er diesen Zweck nicht schon durch das in erster Linie auf eine vollständige Angabe des Nachlasses abzielende Verlangen nach Leistung des Spezifikationseides erreicht

(vergl. auch Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. XV S. 515)

— nur durch Erhebung einer auf Herausgabe der angeblich verschwiegenen Nachlaßbestandtheile gerichteten Klage herbeiführen, durch die er den Beklagten zur Beantwortung der seinen Erinnerungen zu Grunde liegenden thatsächlichen Behauptungen nöthigt,

(vergl. auch die oben angezogene Entscheidung in Bd. XIV der Annalen und Bd. XII S. 274 sowie Seuffert's Archiv, Bd. 35 Nr. 171 S. 251 flg.).

Gegenüber dem klaren Wortlaut des Klagantrags und der ausdrücklichen Erklärung Klägers, daß er diesen Antrag nicht abändern wolle, läßt sich zu seinen Gunsten auch nicht annehmen, daß er eventuell auch die Verurtheilung des Beklagten zur antheiligen Herausgabe der angeblich noch zum Nachlaß gehörigen Sparkassenbücher und Gelder beantragt haben wolle, und es kann daher nach Lage der Sache auch nicht aus dem Gesichtspunkte einer gleichzeitig erhobenen Erbschaftsklage auf die vom Kläger im Wege des Zeugenbeweises beantragte Erörterung der gegen das Nachlaßverzeichniß gezogenen Erinnerungen zugekommen werden.

Hiernach war die Berufung in Ansehung der Forderung Klägers auf Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses als unbegründet zurückzuweisen und es bewendet daher in dieser Beziehung bei dem in den Gründen des angefochtenen Urtheils enthaltenen Ausspruch, daß sich der Rechtsstreit insoweit erledigt habe.

II. Begründet erscheint dagegen die Berufung in Ansehung der vom Landgericht verfügten Abweisung der Klage, soweit sie auf eidliche Bestärkung des

Nachlaßverzeichnisses gerichtet ist. Denn wenn sich der Beklagte auch erboten hat, den ihm abgeforderten Spezifikationseid zu leisten, so ist damit der Anspruch Klägers auf Leistung dieses Eides noch nicht erfüllt und der Kläger deshalb, solange der Eid nicht geleistet ist, berechtigt, die Erfüllung dieses Anspruchs im Prozeßwege zu verlangen. Es kann dem Kläger auch nicht entgegengehalten werden, daß er im Hinblick auf die Bereitwilligkeit des Beklagten wegen Abnahme des Eides zunächst das Nachlaßgericht als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzugehen habe. Denn einmal hat dieses den Antrag Klägers auf Abnahme des fraglichen Eides mittels Beschlusses vom 23. Oktober 1896 ausdrücklich abgelehnt und sodann steht es wie bei jedem anderen auf die Erbtheilung bezüglichen Anspruch so auch bei dem diese vorbereitenden Anspruch auf Leistung des Spezifikationseides völlig im Ermessen des Berechtigten, ob er zur Geltendmachung seines Rechtes zunächst die Mitwirkung des Nachlaßgerichts anrufen oder unmittelbar den Weg der Klage beschreiten will. Letzterer darf ihm selbst bei vorhandener Möglichkeit der Abnahme des Eides durch die Nachlaßbehörde und sei es auch nur vorübergehend schon deshalb nicht verschlossen werden, weil der Beklagte seine Verpflichtung zur Leistung des Spezifikationseides im Verfahren vor der Nachlaßbehörde jederzeit noch bestreiten kann und der Kläger dieser die Durchführung seines Anspruchs unter Umständen wesentlich verzögernden und erschwerenden Möglichkeit gegenüber von vornherein für berechtigt angesehen werden muß, sich zur Geltendmachung seines Anspruchs unmittelbar an das Prozeßgericht zu wenden.

Hiernach war die Berufung in Ansehung der vom Landgericht verfügten Klagabweisung zu beachten und der Beklagte unter entsprechender theilweiser Abänderung des angefochtenen Urtheils zu der ihm als Besitzer des Nachlasses seiner Ehefrau gemäß § 2301 des B.G.B.'s obliegenden eidlichen Bestärkung des herausgegeben Nachlaßverzeichnisses zu verurtheilen. Dabei erschien es nach Lage der Sache und insbesondere im Hinblick auf das vom Kläger behauptete Vorhandensein weiterer Nachlaßbestandtheile als der im vorliegenden Verzeichnisse aufgeführten geboten, dem Beklagten das Recht zur Berichtigung und Ergänzung des fraglichen Verzeichnisses ausdrücklich vorzubehalten und die Förmelung des im Allgemeinen der Norm des Offenbarungseides in § 711 der C.P.O. nachzubildenden Spezifikationseides,

(vergl. Herold, Erbtheilung S. 64),

dem hierzu als zu einem Akte des nach § 774 der C.P.O. zu beurtheilenden Zwangsvollstreckungsverfahrens zuständigen Prozeßgericht erster Instanz zu überlassen, um diesem namentlich auch die Füglichkeit zu gewähren, den Eid den vom Beklagten etwa noch zu erklärenden Berichtigungen und Ergänzungen des Verzeichnisses anzupassen und nach Befinden auch zur Schärfung des Gewissens des Beklagten geeignete Vorhalte des Klägers zu berücksichtigen, wie solche in dessen in die Wissenschaft einer Zeugin gestellten Behauptungen zu finden sind,

(vergl. Annalen des Königl. Sächs. O.L.G.'s, Bd. XVI S. 38 flg.

Juristische Wochenschrift vom Jahre 1888 S. 408 unter 11, Tränkner im Sächs. Archiv Jahrgang 1895 (Bd. V, S. 214 flg.).

III. Betreffs der Kosten des Rechtsstreits hat das Landgericht mit Recht entschieden, daß diese dem Kläger nach § 89 der C.P.O. zur Last fallen, da der Beklagte durch sein Verhalten keinerlei Veranlassung zur Klagerhebung gegeben und den Klaganspruch nicht nur sofort anerkannt, sondern auch, soweit thunlich, unverzüglich erfüllt hat. Dagegen waren die Kosten der Berufungsinstanz unter Berücksichtigung des theilweisen Obsiegens und Unterliegens beider Parteien gemäß §§ 88 Abs. 1 und 92 der C.P.O. gegen einander aufzuheben bez. zu theilen.

Nachdruck durch Herstellung von Notenscheiben zu einem Symphonion. §§ 45, 21, 26, 18 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870, Schlußprotokoll der Berner Convention vom 9. September 1886 unter 3.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 15. Mai 1896. O. II. 89/96.

Die Beklagte, welche in Leipzig-Gohlis die Fabrikation mechanischer Musikwerke betreibt, fertigt unter anderem auch Instrumente an, die sie in verschiedener Größe unter dem Namen Symphonion in den Handel bringt. Das Symphonion besteht in einem viereckigen Kasten, in dessen Innern in kammähnlicher Anordnung Metallstimmen angebracht sind, welche erklingen, wenn man ihre Spitze mit einem Metallstifte anreißt. Um diese Stimmen zum Tönen zu bringen, werden auswechselbare kreisrunde Metallscheiben angefertigt, auf deren einer Seite in konzentrischen Kreisen kleine Metallstifte sitzen, deren Anordnung auf die Wiedergabe eines bestimmten Tonstücks berechnet ist. Die Scheibe wird, die Stifte nach unten, auf den Tonkörper aufgelegt, durch einen Mechanismus zum Drehen gebracht, und es erklingt jedesmal ein Ton, wenn ein Stift der Scheibe einen bestimmten Werktheil streift. Scheiben dieser Art, von verschiedener Größe, hat die Beklagte mit der Melodie des vom Komponisten Robert Vollstedt komponirten Walzers „Lustige Brüder" ausgestattet, seit länger als einem Jahre in ihrem Fabrikbetriebe angefertigt und verkauft. In dem von ihr veröffentlichten Preisverzeichnisse sind diese Scheiben unter Nr. 358, 1358, 2358 aufgeführt. Ueber alles Vorstehende herrscht unter den Parteien kein Streit.

Die Klägerin, eine offene Handelsgesellschaft, welche das Urheberrecht des Walzers „Lustige Brüder" von Vollstedt erworben hat, sieht in der Herstellung von Notenscheiben mit dieser Komposition eine unerlaubte Vervielfältigung derselben im Sinne des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870. Sie verlangt die Einziehung der von der Klägerin und in deren Auftrage gefertigten Metallscheiben, bittet deren fernere Anfertigung unter Strafandrohung zu verbieten, die Beklagte zur Gewährung einer Entschädigung für den bereits verübten Nachdruck zu verurtheilen und auszusprechen, daß die Beklagte schuldig sei, anzugeben und bez. nachzuweisen, wieviel Metallscheiben der in Betracht kommenden Art sie bereits vertrieben habe.

Zur Rechtfertigung ihrer Behauptung, daß eine Vervielfältigung auswechselbarer Notenblätter der bezeichneten Art ohne Genehmigung des Urhebers einen unerlaubten Nachdruck bilde und daß die Beklagte, als dessen Veranstalterin, entsprechende Entschädigung zu gewähren habe, nimmt sie Bezug auf die in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 27 S. 60 flg., Bd. 35 S. 64 flg. entwickelten Grundsätze. Bei der Begründung des Anspruchs auf Entschädigung beschränkt sie sich auf die Behauptung, daß die Beklagte durch den Vertrieb der Notenscheiben zu ihrem (der Klägerin) Nachtheile sich bereichert habe, da der Walzer „Lustige Brüder" zur Zeit einer der bekanntesten und beliebtesten sei, sodaß Klägerin selbst davon bereits etwa 100000 Exemplare abgesetzt habe. Weitere thatsächliche Angaben zur Begründung des Schädenanspruches behält sie sich vor. Vorschlagsweise wird im Klagantrage die Höhe der Entschädigung auf 60 Pfennige für jede von der Beklagten abgesetzte Notenscheibe bemessen. Doch werden zunächst überhaupt nur 5000 *M* eingeklagt.

Die Beklagte verlangt Abweisung der Klage. Sie bestreitet, daß ihre Fabrikate dem Verbote des Nachdruckes nach dem Gesetze vom 11. Juni 1870 unterliegen. Nach ihrer Meinung fällt schon die Herstellungsweise solcher Notenscheiben zum Symphonion nicht unter den Begriff des Nachdrucks. Jedenfalls aber seien mechanische Musikinstrumente, die mit solchen Notenblättern arbeiten, durch Ziffer 3 des Schlußprotokolles der Berner Convention vom 9. September 1886 den Ansprüchen aus dem Nachdrucksgesetze entzogen. Zur Rechtfertigung dieses Standpunktes beruft sich die Beklagte auf die im Sächs. Archive Jahrg. 2 S. 32 flg. abgedruckte Entscheidung des Landgerichts Leipzig. Auch nimmt sie Bezug auf die in einem Zeitungsabschnitte beigebrachten Urtheile des Tribunal Civil de la Seine vom 2. August 1893 und des Cour d'Appel de Paris mit dem Bemerken, das in diesen Entscheidungen angezogene französische Gesetz vom 16. Mai 1866 stimme mit Artikel 3 des Schlußprotokolles der Berner Convention überein.

Allen diesen Ausführungen wird von der Klägerin widersprochen.

In erster Instanz ist auf Abweisung der Klage erkannt worden. Das Urtheil läßt dahingestellt, ob die unerlaubte Benutzung des Walzers für die Notenscheiben des Symphonion überhaupt einen „Nachdruck" im Sinne des Reichsgesetzes bilde. Es nimmt aber an, daß das Schlußprotokoll der Berner Convention der Klage entgegenstehe.

Gegen dieses Urtheil hat die Klägerin Berufung eingewendet mit dem Antrage, dem Klaggesuche gemäß zu erkennen, während die Beklagte um Abweisung des Rechtsmittels bittet. Nachdem das Berufungsgericht den Beschluß verkündet, daß die Verhandlung über den Anspruch auf Entschädigung auf dessen Grund zu beschränken sei, haben die Parteien in thatsächlicher Beziehung nur noch Folgendes geltend gemacht.

1. Die Klägerin behauptet, die Einrichtung des Symphonion sei von derjenigen des Ariston, Herophon und Clariophon, mit der die Entscheidungen des

Reichsgerichts in Bd. 22 S. 174 flg., Bd. 27 S. 60 flg., Bd. 35 S. 64 flg. sich beschäftigen, nicht wesentlich verschieden. Das Princip, auf welchem das Zusammenwirken der Notenscheibe mit dem Tonkörper beruhe, sei bei allen diesen Fabrikaten das gleiche.

2. Die Beklagte bestreitet das Anführen unter 1 und bemerkt zur Rechtfertigung ihres Standpunktes: In den letzten Tagen habe in Paris eine Conferenz des internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst stattgefunden. Diese Versammlung habe sich dahin ausgesprochen, daß die über mechanische Musikinstrumente im Schlußprotokolle der Berner Convention enthaltene Bestimmung von den französischen Gerichten zutreffend ausgelegt werde. Hierfür beruft sich die Beklagte auf das Protokoll der Pariser Conferenz, unter dem Erbieten, eine beglaubigte Abschrift davon beizubringen.

Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung wie folgt abgeändert:

„Die im Eigenthume der Beklagten und gewerbsmäßiger Verbreiter befindlichen Notenscheiben zum Symphonion, welche zur Wiedergabe des Vollstedt'schen Walzers „Lustige Brüder" eingerichtet sind und in dem von der Beklagten herausgegebenen Verzeichnisse die Nummern 358, 1358, 2358 tragen, unterliegen der Einziehung. Der Beklagten wird, unter Androhung einer Geldstrafe von 50 ℳ für jeden Fall der Zuwiderhandlung, hiermit untersagt, Notenscheiben der bezeichneten Art fernerhin anzufertigen und zu vertreiben.

Der Anspruch der Klägerin auf Gewährung einer Entschädigung für den von der Beklagten veranstalteten Nachdruck wird dem Grunde nach festgestellt.

Mit dem Antrage, die Beklagte zu verurtheilen, anzugeben und nachzuweisen, wieviel Notenscheiben zum Symphonion sie mit dem Walzer „Lustige Brüder" ausgestattet und vertrieben habe, wird die Klägerin abgewiesen.

„Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreites bleibt dem Endurtheile über die Höhe der zu gewährenden Entschädigung vorbehalten."

Gründe:

Nach dem Vortrage der Parteien ist das Symphonion ein mechanisches Musikwerk, bei welchem die Töne durch ein Zusammenwirken der drehbaren Notenscheibe mit den im Innern des Kastens angebrachten Metallstimmen erzeugt werden. Ob und wiefern sonst der Mechanismus des Tonkörpers mit der aus den Entscheidungen des Reichsgerichts bekannten Einrichtung des Ariston, Herophon und Clariophon übereinstimmt oder nicht, kann hier dahingestellt bleiben. Das eine charakteristische Merkmal hat das Symphonion mit den angeführten übrigen Instrumenten jedenfalls gemein, nämlich die auswechselbare Notenscheibe, welche auf dem Wege mechanischer Vervielfältigung entsteht und als Träger der Melodie bei jedem gleichartigen Tonkörper sich verwenden läßt. Und wenn auf solchen — zum Zwecke des Absatzes im freien Verkehre hergestellten — Notenscheiben ohne Genehmigung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers ein Musikstück dargestellt wird, welches geeignet ist, Gegenstand des musikalischen Verlages

zu sein, so wird dadurch ein Nachdruck begangen, welcher die Anwendung der in § 45 angezogenen Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 rechtfertigt. Diese Auffassung entspricht der feststehenden Judikatur des Reichsgerichts, der gegenüber die abweichende Ansicht der französischen Gerichte über das Verhältniß der cartons perforés zu den editions ordinaires de musique imprimée nicht ins Gewicht fallen kann; und da die Beklagte es nicht unternommen hat, die in den einschlagenden Reichsgerichtsentscheidungen (Bd. 22 S. 175 flg., Bd. 27 S. 63 flg.) herausgearbeiteten Gesichtspunkte im Einzelnen zu bekämpfen, so genügt es, hier auszusprechen, daß das Berufungsgericht den in jenen Entscheidungen enthaltenen Ausführungen beitritt.

Auch die Frage, ob die Fabrikation solcher Notenscheiben in den Verbandsländern durch die im Schlußprotokolle der sog. Berner Convention vom 9. September 1886 unter 3 enthaltene Bestimmung der Verfolgung wegen Nachdrucks entzogen sei, vermag das Berufungsgericht nicht zu Gunsten der Beklagten zu entscheiden. Eine wesentliche Förderung erfährt das Verständniß dieses Artikels durch die in der vom Landgerichte angezogenen älteren Entscheidung ausführlich mitgetheilte Entstehungsgeschichte der Bestimmung nicht,

vergl. hierzu Sächs. Archiv, Bd. 2 S. 34 flg.

Das Wesentliche, was daraus sich ergiebt, ist die vom Landgerichte nicht gehörig gewürdigte negative Thatsache, daß weder die Vorlage des Schweizerischen Bundesrathes, noch der Kommissionsvorschlag zum Schlußprotokolle, noch die endgiltige Redaktion des Artikel 3 von entsprechenden Bemerkungen über die ihnen beigelegte Tragweite begleitet waren. Man muß daher nach wie vor aus dem Texte selbst, unter Zuhilfenahme von Erwägungen allgemeiner Art über die Tendenz der Bestimmung, die Frage zu beantworten suchen, welche Fabrikate die Konferenz mit der Bezeichnung

des instruments servant à reproduire mécaniquement des airs de musique

hat treffen wollen. Und bei dieser Sachlage ist ein keineswegs gering in die Wagschale fallendes Interpretationsmoment, daß nachträglich der Vorsitzende der verschiedenen Berner Konferenzen des Bundesrathes, Numa Droz, in Bezug auf Nr. 3 des Schlußprotokolls erklärt hat, daß man bei Abfassung jenes Artikels die Frage nur vom Gesichtspunkte der Drehorgeln und Spieldosen betrachtet habe. Daß dies wirklich der Fall war, ist auch ohne Weiteres einleuchtend. Die Schweiz, auf deren Betreiben die fragliche Bestimmung in das Schlußprotokoll aufgenommen worden ist, hatte zwar ein Interesse daran, ihrer ausgedehnten Spieluhren- und Spieldosen-Industrie umfassenden Schutz angedeihen zu lassen. Dagegen hatte sie keine Veranlassung, ihre Fürsorge auch der in Deutschland betriebenen Fabrikation von mechanischen Musikinstrumenten mit auswechselbaren Notenscheiben zuzuwenden. Auf diesen Fabrikationszweig wurde die Aufmerksamkeit der Konferenz auch nicht von deutscher Seite hingelenkt, da in den von den

deutschen Deputirten zum Entwurfe des Bundesrathes aufgestellten 14 Fragen, welche mit als Grundlage für die Berathung benutzt wurden, die mechanischen Musikwerke überhaupt nicht erwähnt waren. Hierzu kommt, daß die Vertragschließenden sicherlich bei der Frage, inwieweit mechanischen Musikinstrumenten ein Schutz zuzubilligen sei, nicht nur das Interesse der Fabrikanten, sondern auch dasjenige der Autoren im Auge behalten haben werden. Dann aber führte sie eine billige und sachgemäße Abwägung der beiderseitigen Interessen ganz von selbst dazu, zwar den damals allgemein bekannten Spieluhren, Leierkasten und ähnlichen Musikinstrumenten mit beschränkter Melodienzahl eine Ausnahmestellung einzuräumen, nicht aber auch den mit auswechselbaren Notenscheiben ausgestatteten Instrumenten, die vermöge der vielseitigen Verwendbarkeit und Aufnahmefähigkeit der Scheiben den Autor in der Verwerthung seines Geistesproduktes weit mehr beeinträchtigen, als jene Schweizer Fabrikate. Nach alledem beruht es durchaus nicht, wie die vorige Instanz meint, auf einer dem Wortlaute und der Entstehung des Artikels fremden Auslegung, wenn man annimmt, daß Ziffer 3 des Schlußprotokolles, trotz der allgemein gehaltenen Fassung, auf Spieldosen, Spieluhren und Leierkasten sich beschränken wollte; und nicht zum Wenigsten rechtfertigt es die Erwägung, daß Musikwerke mit auswechselbaren Notenblättern Instrumente von ganz anderer wirthschaftlicher Bedeutung sind, als die Schweizer Fabrikate, den Artikel mit dem Reichsgerichte

vergl. dessen Entscheidungen Bd. 27 S. 68

in dem bezeichneten engeren Sinne zu verstehen. Die abweichende Beurtheilung, welche nach den von der Beklagten beigebrachten Entscheidungen das Tribunal Civil de la Seine und la Cour d'Appel de Paris den cartons perforés des „Pianista" genannten Musikinstrumentes haben zutheil werden lassen, beruht nicht auf einer von der vorstehenden Auslegung abweichenden Interpretation der Berner Konvention, sondern auf den Bestimmungen des Französischen Landesgesetzes vom 16. Mai 1866. Mag nun auch der Wortlaut dieses Gesetzes mit Art. 3 des Schlußprotokolles der Berner Konvention übereinstimmen, so ist doch nicht dargethan, daß den Französischen Gesetzgeber dieselben Motive geleitet haben, auf denen nach dem oben Ausgeführten die Abmachungen der Berner Konferenz beruhen. Schon deshalb ist man behindert, jenen Entscheidungen der Französischen Gerichte bei der hier fraglichen Auslegung des Art. 3 entscheidendes Gewicht beizulegen. Ebensowenig könnte, nach Lage der Sache, darauf etwas ankommen, ob eine neuerdings abgehaltene Konferenz des internationalen Verbandes zum Schutze der Werke der Literatur und Kunst Gelegenheit genommen hat, über die Rechtsprechung der Französischen Gerichte sich zu äußern, zumal der Wortlaut der Entscheidungen, welche der Konferenz hierbei vorgeschwebt haben, von der Beklagten nicht beigebracht ist.

Hat sich also die Beklagte dadurch, daß sie ohne Erlaubniß der Klägerin den Walzer „Lustige Brüder" auf die Notenscheiben zu ihrem Symphonion über-

trug, des Nachdruckes schuldig gemacht, so unterliegen gemäß § 45 verb. mit §§ 21 26 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 die Notenscheiben Nr. 358, 1358, 2358 der Einziehung. Die Beschlagnahme kann indeß nicht, wie der Klagantrag besagt, auf alle von der Beklagten hergestellten oder in deren Auftrage angefertigten Notenscheiben der bezeichneten Art ausgedehnt werden, sondern nur auf diejenigen Exemplare, welche sich zur Zeit der Einziehung noch im Eigenthume der Beklagten und der gewerbsmäßigen Verbreiter der Notenscheiben befinden (§ 21 Abs. 3 des angez. Gesetzes). Hierauf beruht die im verfügenden Theile des vorliegenden Urtheils an erster Stelle getroffene Anordnung.

Eine weitere rechtliche Folge des Nachdruckes ist die Verbindlichkeit des Beklagten, die Klägerin als Rechtsnachfolgerin des Urhebers entsprechend zu entschädigen (§ 18 des Gesetzes). Zur Begründung dieses Anspruches genügte einstweilen die Bezugnahme darauf, daß die Beklagte seit Jahresfrist Notentafeln, auf denen der Walzer „Lustige Brüder" dargestellt ist, in Verkehr gebracht und verkauft hat. Dieser Thätigkeit würde sie sich nicht unterzogen haben, wenn dabei nicht ein Gewinn abgefallen wäre. Den Gewinn aber hat sie auf Kosten der Klägerin gemacht, der sie daher jedenfalls bis zur Höhe ihrer Bereicherung haftet,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 35 S. 66 flg.

Auf wie hoch die Entschädigung sich beläuft, wird Sache der späteren Verhandlung über die Höhe des Anspruches sein, in der es übrigens der Klägerin unbenommen ist, statt Ersatz in Höhe der Bereicherung unter entsprechender Begründung Schadenersatz schlechthin zu fordern.

Begründet erscheint ferner das Verlangen der Klägerin, der Beklagten die Fortsetzung des Nachdrucks unter Strafandrohung zu verbieten, obwohl das Nachdrucksgesetz darüber keine ausdrückliche Bestimmung enthält. Denn durch die in § 18 getroffene Vorschrift, daß der Veranstalter des Nachdruckes den Autor oder dessen Rechtsnachfolger zu entschädigen habe, wird zugleich dessen Verpflichtung anerkannt, dergleichen Uebergriffe in die Rechtssphäre des Anderen zu unterlassen. Besteht aber eine solche Verbindlichkeit und giebt es in Folge dessen eine Klage auf Unterlassung,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 25 S. 347,

so besteht daneben auch, als wesentlich prozessuale Maßregel, die Befugniß des Richters, seine Anordnung durch entsprechende Strafandrohung zu erzwingen,

vergl. die Motive zu § 775 der C.P.O. in Hahns Materialiensammlung 2. Aufl. 1. Abth. S. 466 flg.

Einen nur vorbereitenden Charakter hat die von der Klägerin schließlich noch verlangte Verurtheilung der Beklagten dazu, ihr anzugeben und nachzuweisen, wieviel Metallscheiben zum Symphonion mit dem Walzer „Lustige Brüder" sie verkauft habe. Für eine darauf gerichtete Klage jedoch fehlt es am gesetzlichen Boden. Die Möglichkeit, sie auf § 1393 des B.G.B.'s zu stützen, ist ausgeschlossen, weil die Beklagte weder die Geschäfte der Klägerin geführt, noch Sachen derselben ver-

äußert, noch eine gemeinschaftliche Sache verwaltet, noch aus sonst einem Grunde eine Verwaltung gehabt hat. Auch § 75 des Sächsischen Exekutionsgesetzes vom 28. Februar 1838 schlägt nicht ein, weil es sich hier nicht um die Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen und Auskunftsertheilung über den Bestand des Ganzen

vergl. Annalen des Königl. Sächs. Oberlandesgerichts Bd. 10 S. 241 flg.,

sondern um die Verbindlichkeit handelt, die Klägerin zu entschädigen. Endlich bieten die Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs und der Civilprozeßordnung über die Editionspflicht (§§ 1565 flg. des B.G.B.'s, § 387 flg. der C.P.O.) der Klage keine Stütze, da hier von der Beklagten nicht die Vorlegung gewisser, ein beiderseitiges Rechtsverhältniß berührender Urkunden verlangt wird, sondern die über ihre Einlassungspflicht hinausgehende Beschaffung von Klagunterlagen. Nach alledem mußte insoweit auf Abweisung der Klage erkannt werden, ohne damit der Frage vorzugreifen, ob und wieweit etwa im Laufe des Prozesses, falls die Klägerin zum Nachweise von Klagbehauptungen auf den Inhalt der von der Beklagten geführten Handelsbücher sich berufen sollte, eine Vorlegung dieser Bücher angeordnet werden könnte,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 15 S. 380.*)

Zu § 4 Abs. 2 und § 6 des Gesetzes, betreffend den Schutz der Gebrauchsmuster vom 1. Juni 1891.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 6. Juli 1897. O. VII. 70/97.

Der Kläger macht als Rechtsnachfolger des Fabrikanten G. in Ch. ein Gebrauchsmuster geltend, das am 23. Mai 1892 unter der Nr. 4447 in die Gebrauchsmusterrolle eingetragen worden ist und „eine Hutschachtel mit Schutzvorrichtung für den Hut" zum Gegenstand hat. Andrerseits ist für die Beklagte am 18. Oktober 1894 unter der Nummer 31484 ein Gebrauchsmuster in der erwähnten Rolle verlautbart worden, als dessen Gegenstand „eine Hutschachtel mit Kreuzbändern" zum Festhalten des Hutes bezeichnet worden ist. Der Kläger behauptet, daß das Modell der Beklagten mit dem G.'s identisch und zur Zeit der Anmeldung nicht mehr neu gewesen sei, und erstrebt die Löschung des neueren Gebrauchsmusters und den Erlaß eines Konkurrenzverbotes.

In dem landgerichtlichen Urtheile ist den Anträgen des Klägers entsprechend die Beklagte verurtheilt worden, in die Löschung ihres Gebrauchsmusters zu willigen und die Herstellung und den Vertrieb von Hutschachteln der dem Kläger geschützten Art zu unterlassen.

Dagegen hat die Beklagte Berufung eingewendet mit dem Antrage, die Klage abzuweisen.

*) In der Sache ist Revision eingelegt worden, die sich aber durch einen später abgeschlossenen Vergleich erledigt hat.

Die Beklagte erklärt jedoch, daß sie das landgerichtliche Urtheil, abgesehen vom Kostenpunkte, nur in zwei Richtungen anfechte. Die erste Instanz hätte

1. die Selbstständigkeit ihrer, der Beklagten, Erfindung bejahen und deshalb die Klage durchweg abweisen, zum mindesten aber

2. die Neuheit einzelner Anordnungen des zweiten Gebrauchsmusters anerkennen und deshalb lediglich auf das Konkurrenzverbot oder doch nur auf theilweise Löschung des Musters zukommen sollen.

In theilweiser Beachtung der Berufung wurde das Urtheil dahin abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurtheilt, darein zu willigen, daß das für sie unter der Nummer 31484 der Gebrauchsmusterrolle eingetragene Gebrauchsmuster (Hutschachtel mit Kreuzbändern zum Festhalten des Hutes) nur mit der Beschränkung eingetragen bleibt, daß als Gegenstand des Musterschutzes lediglich die Anordnung zu gelten hat, daß die für den Hut bestimmten Tragbänder aus einem Stücke gearbeitet und auf der einen Seite der Hutschachtel durch Oesen hindurch gelassen, auf der andern aber durch Haken mit derselben verbunden sind.

2. Die Beklagte wird verurtheilt, die Herstellung und den Vertrieb von Hutschachteln mit der für den Kläger nach Ausweis des Gebrauchsmusters Nr. 4447 geschützten Vorrichtung bis zum 24. März 1898 bei Vermeidung einer Geldstrafe von 50 ℳ (fünfzig Mark) für jeden Zuwiderhandlungsfall zu unterlassen.

3. Im Uebrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten wurden der Beklagten $^4/_5$, dem Kläger $^1/_5$ auferlegt.

Die Gründe lauten: Ohne daß die Befragung eines Sachverständigen erforderlich wäre, lehren schon der Augenschein und eine Prüfung der Anmeldung, daß das Gebrauchsmuster der Beklagten keine selbstständige Bedeutung hat. Die Erfindung des Rechtsvorgängers des Klägers besteht darin, daß der Hut, um ihn vor Beschädigungen zu schützen, mit der Krempe auf einer schnuren- oder bänderartigen Unterlage ruht und durch ein gleichzeitig zum Tragen der Hutschachtel verwendbares Band festgehalten wird. Genau denselben Gedanken giebt das Gebrauchsmuster der Beklagten wieder, und der einzige Unterschied besteht darin, daß sich die Unterlage der Hutkrempe bei dem älteren Gebrauchsmuster aus zwei Stücken zusammensetzt, die an der Hutschachtel fest angebracht sind, während die Tragbänder der Beklagten aus einem Stücke gearbeitet, auf der einen Seite der Hutschachtel durch Oesen hindurchgelassen, auf der andern aber mit Haken befestigt sind. Neu ist also nur die Art und Weise, wie die Beklagte die Unterlage der Hutkrempe an der Hutschachtel befestigt hat. Andrerseits muß aber auch mit dem — in einem Vorprozesse befragten — Sachverständigen G. angenommen werden, daß diese Neuerung immerhin einen gewerblichen Fortschritt bedeutet, da die von der Beklagten gewählte Befestigungsart, wie übrigens auch schon der Augenschein lehrt, einfacher, dauerhafter und praktischer ist, das letztere insbesondere um deswillen, weil die Schnurenenden ausgehakt werden können.

Bei dieser Sachlage ist zunächst davon auszugehen, daß dem Kläger, so-

weit er lediglich als Inhaber des älteren Gebrauchsmusters in Frage kommt, auf Grund von § 4 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1891 nicht das Recht zusteht, die Löschung des jüngeren Gebrauchsmusters zu fordern. Er kann nur beanspruchen, daß die Beklagte ihre Befugnisse nicht ohne seine Erlaubniß ausübe, und zwar bezieht sich dies auch auf die von der Beklagten erfundenen Verbesserungen, da diese nicht angewendet werden können, ohne daß in das Recht des Klägers eingegriffen würde.

Daneben ist aber noch zu prüfen, ob der Kläger nicht auf Grund von § 6 des Reichsgesetzes, also nicht in seiner Eigenschaft als Inhaber des älteren Gebrauchsmusters, sondern in Ausübung der jedem Staatsbürger zustehenden Befugniß auf Löschung des Gebrauchsmusters der Beklagten dringen könne. Diese Frage ist zu bejahen, wenn und soweit die Voraussetzungen von § 6 gegeben sind, wenn und soweit also das Modell der Beklagten zur Zeit der Anmeldung nicht neu war. Dieses Erforderniß liegt vor, soweit der oben beschriebene Grundgedanke der Erfindung in Frage steht, da das Modell der Beklagten in dieser Hinsicht mit dem älteren Modelle zusammentrifft, dieses aber, wie von der Beklagten nicht mehr in Abrede gestellt wird, bereits vor der Anmeldung des neueren Modells im Inlande offenkundig benutzt worden ist.

Andrerseits war das Modell der Beklagten neu, soweit die Art und Weise der Befestigung der Tragbänder in Frage steht, und es kann daher eine auf Löschung gerichtete Klage im Sinne von § 6 nur den Erfolg haben, daß die Beklagte verpflichtet ist, eine theilweise Löschung des Gebrauchsmusters, also eine Beschränkung ihres Eintrags herbeizuführen.

Vergl. Seligsohn, das Patentgesetz und das Gesetz, betreffend den Schutz der Gebrauchsmuster, Seite 302.

Daraus erklärt sich die im entscheidenden Theile des Urtheils unter 1 getroffene Verfügung.

Wenn nun aber auch das Gebrauchsmuster der Beklagten theilweise eingetragen bleibt, die auf § 6 gestützte Klage also nur eine beschränkte Wirkung äußern kann, so ist doch die Beklagte immerhin verhindert, ihr Gebrauchsmuster, auch soweit es noch eingetragen ist, anzuwenden, so lange der Musterschutz des Klägers besteht. Denn diesem kommt überdies, wie bereits oben dargelegt worden ist, in seiner Eigenschaft als Inhaber des älteren Gebrauchsmusters § 4 Abs. 2 des Gesetzes zu Gute, da die Verbesserungen der Beklagten nicht ohne einen Eingriff in das Recht des Klägers verwerthet werden können. Die auf das Verbot des Wettbewerbs gerichtete Entscheidung der ersten Instanz, die in dem Berufungsurtheile der Uebersichtlichkeit wegen unter 2 wiederholt worden ist, mußte sonach unverändert bestehen bleiben, und die Beklagte hat von ihrem Rechtsmittel nur den Vortheil, daß sie nach Ablauf der klägerischen Zuschrift das Schutzrecht für ihre Verbesserung gegen jeden Andern, insbesondere auch gegen den Kläger geltend machen kann.

Unterbrechung der Wechselverjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls. Wann beginnt, wenn der Schuldner Widerspruch erhoben hat, die Verjährung von Neuem zu laufen?

R.G. I. Civils. Urtheil vom 12. Mai 1897. I 148/97.

Aus den Gründen:

In Frage stehen Regreßansprüche des Klägers gegen den Beklagten als angeblichen Indossanten der 29 Wechsel.

Nach Art. 78 der Wechs.-Ordn. betrug die Verjährungsfrist drei Monate, die für jeden Anspruch mit dem Tage des erhobenen Protestes begannen. Die Protesttage fallen in die Zeit vom 12. November 1894 bis 31. Januar 1895 und es steht fest, daß wegen der jetzt geltend gemachten Ansprüche auf Gesuch des Klägers ein auf ihren Gesammtbetrag lautender Zahlungsbefehl erlassen und dieser dem Beklagten am 9. Februar 1895, mithin innerhalb der Verjährungsfrist zugestellt worden ist. — Ob angesichts der Bestimmungen des Art. 80 der Wechs.-Ordn. und des § 13 Abs. 3 des Einführ.-Ges. zur C.P.O. davon ausgegangen werden darf, daß durch die Zustellung dieses Zahlungsbefehls die Wechselverjährung unterbrochen worden ist (vergl. Reichsger.-Entsch. Bd. 14 Nr. 13, Lehmann in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 33 S. 419, Bolze im Archiv für civil. Pr. Bd. 68 S. 1), kann hier dahingestellt bleiben. Auch wenn man dies bejaht, so ist dennoch, wie das Berufungsgericht mit Recht auf Grund des § 554 des Allg. Landrechts Th. I Tit. 9 angenommen hat, die Verjährung eingetreten.

Es folgt aus dem Begriff der Forderungsverjährung als des Verlustes der Forderung durch Nichtgebrauch des Forderungsrechtes während bestimmter Zeit, daß, sobald eine die Verjährung unterbrechende Rechtsbethätigung der Vergangenheit angehört, die Unterbrechung endigt, und die Verjährung von neuem zu laufen anfängt. Eine rationelle Anwendung dieses Grundsatzes auf den Fall der Verjährungsunterbrechung durch Beschreitung des Rechtswegs enthält die Vorschrift des § 554 des Allg. Landr. Th. I Tit. 9*), die auf dem Gedanken beruht, daß die in der Anmeldung der Klage liegende Rechtsbethätigung und folgeweise die Unterbrechung der Verjährung so lange, aber auch nur solange als fortdauernd angesehen werden muß, als die Klage ohne Säumigkeit des Klägers weiter verfolgt, dem in Gang gesetzten Verfahren der Fortgang erhalten wird. Nicht also nothwendig sofort nach jeder Prozeßhandlung des Klägers, wohl aber dann beginnt die Verjährung mit ihrer ursprünglichen Frist von neuem, wenn der Kläger das Prozeßverfahren in Stillstand gerathen läßt. — Eine Anmeldung der Klage

*) § 554 lautet: Wird die gehörig angemeldete Klage nicht nach Vorschrift der Gesetze verfolgt, so fängt von dem Tage an, wo der Kläger die Sache hätte fortsetzen können und sollen, eine neue Verjährung wider ihn an (vergl. § 168 Satz 2 des Sächs. B.G.B.'s, § 211 Satz 2 des Deutsch. B.G.B.'s).

bei Gericht, durch welche nach § 551 des Allg. Landr. Th. I Tit. 9 die Verjährung unterbrochen wurde, giebt es, seitdem die Civilprozeßordnung in Geltung ist, nicht mehr. Die Unterbrechung der Verjährung ist jetzt mit der Erhebung der Klage im Sinne der Civilprozeßordnung verknüpft. Im Uebrigen ist aber, wie bereits in einem Urtheil des zweiten Civilsenats (Reichsger.-Entsch. Bd. 32 Nr. 88) zutreffend ausgeführt worden ist, an dem § 554 Th. I Tit. 9 nichts geändert worden. Die Civilprozeßordnung läßt allerdings bei eintretendem Ruhen des Prozeßverfahrens die Rechtshängigkeit fortbestehen. Sie bestimmt aber weder mittelbar noch unmittelbar, daß mit der Rechtshängigkeit die Wirkung fortdauernder Unterbrechung der Verjährung verbunden sein solle. Ein Eingriff in die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Dauer einer durch Beschreitung des Rechtswegs eingetretenen Verjährungsunterbrechung ist nicht beabsichtigt.

Der hiernach in Kraft gebliebene § 554 Th. I Tit. 9 findet, da die Sondervorschriften der §§ 908, 909 Th. II Tit. 8 durch die Wechselordnung beseitigt sind, ohne Einschränkung auch Anwendung auf die Wechselverjährung, und seine Bestimmung ist ferner, wenn man voraussetzt, daß auch die Wechselverjährung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls unterbrochen wird, maßgebend für die Beantwortung der Frage, wann nach eingeleitetem Mahnverfahren die Verjährung von neuem zu laufen anfängt. — Das Mahnverfahren findet im Falle rechtzeitiger Erhebung des Widerspruchs mit der Benachrichtigung des Gläubigers von diesem Widerspruch seinen Abschluß, und damit tritt ein Stillstand des gerichtlichen Verfahrens überhaupt ein. Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so ist, wie sich aus den §§ 635, 636 der C.P.O. ergiebt, die Sache im ordentlichen Verfahren bei dem Amtsgericht anhängig, das den Zahlungsbefehl erlassen hat, und sie bleibt anhängig, gleichviel wann die im § 636 Absatz 2 vorgesehene Ladung erfolgt. Diese Rechtshängigkeit als solche perpetuirt aber nach dem vorher Ausgeführten die Unterbrechung der Verjährung nicht, die Verjährung beginnt vielmehr nach der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs von neuem und vollendet sich in Ermangelung eines etwaigen sonstigen Unterbrechungsaktes, wenn nicht innerhalb der Verjährungsfrist geladen, und damit auch thatsächlich die Sache in das ordentliche Prozeßverfahren übergeleitet wird. — Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte, dann genügt es nach § 637 der C.P.O. zur Wahrung der Rechtshängigkeit, wenn binnen sechs Monaten vom Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs an die Klage bei dem zuständigen Gericht erhoben wird. Aber eben auch nur zur Wahrung der Rechtshängigkeit. Ist die Verjährungsfrist eine kürzere, dann muß innerhalb dieser letzteren die Klagerhebung geschehen, wenn durch sie die Verjährung unterbrochen werden soll.

Im vorliegenden Falle ist der Kläger von dem Widerspruch des Beklagten gegen den Zahlungsbefehl am 14. Februar 1895 benachrichtigt, die Klage bei

dem zuständigen Landgericht aber erst Anfang August 1895, mithin für die Unterbrechung der Verjährung zu spät erhoben worden.

Unterbrechung der Verjährung durch Anmeldung einer Forderung im Konkurse. Anforderungen an eine wirksame Anmeldung. Konk.O. § 127. Eine nicht formgerechte Anmeldung ist unwirksam, auch wenn in dem Prüfungstermin der Formmangel der bestrittenen Forderung nicht besonders gerügt wird. Unzulässigkeit einer Klage auf Feststellung (Konk.O. § 134) einer nicht genügend angemeldeten bestrittenen Forderung.

R.G. VI. Civ.S. Urth. v. 12. April 1897. VI. 260/96.

Aus den Gründen:

Kläger hat mit C. Th. W., Inhaber eines Agenturgeschäftes, über dessen Vermögen am 1. August 1894 das Konkursverfahren eröffnet wurde, in einem umfangreichen Wechselverkehre gestanden, insbesondere ihm Wechsel diskontirt. Die betreffenden Wechsel waren theils von dem Kläger weiter begeben, theils im Besitze des Klägers. Zu den letzteren gehörten 1) ein von W. am 15. Juli 1894 ausgestellter, von Adolph J. acceptirter, am 31. August 1894 fälliger Wechsel über 2000 ℳ, 2) ein von W. am 30. Juni 1894 ausgestellter, gleichfalls von J. acceptirter, am 2. Oktober 1894 fälliger Wechsel über 6500 ℳ, 3) ein von Paul S. am 9. Juli 1894 ausgestellter, von Ant. St. acceptirter, von W. girirter, am 10. Oktober 1894 fälliger Wechsel über 7500 ℳ, sämmtliche bei dem Kläger zahlbar. Am 29./30. August 1894 reichte Kläger bei dem Konkursgerichte ein Anmeldeschreiben folgenden Inhalts ein: „Nachdem über das Vermögen des Hrn. C. Th. W. das Konkursverfahren eröffnet worden ist, melden wir hiermit unsere Ansprüche an denselben an und zwar ℳ 416000 am 1. August a. c. in unserem Besitze befindlich gewesene auf dem Diskontwege hereingekommene Wechsel, auf denen W. als Girant resp. Aussteller und auch Acceptant figurirt; von den angegebenen Wechseln hat ein Theil inzwischen bereits Eingang gefunden, und wird ein weiterer Theil wahrscheinlich noch Eingang finden. Wir behalten uns deshalb definitive Aufgabe sowie Einreichung derjenigen Wechsel, die keinen Eingang finden, an hiesiger Gerichtsstelle vor; dagegen erheben wir Anspruch auf bevorzugte Befriedigung unserer sämmtlichen Forderungen aus den uns von C. W. eingeräumten Sicherheiten" (folgt die Aufzählung dieser Sicherheiten). Der Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes trug am 30. August diese Anmeldung in die Tabelle ein (Konk.O. § 128 Abs. 2). Schon Mitte August 1894 hatte Kläger dem Konkursverwalter ein Verzeichniß sämmtlicher Wechsel, aus denen W. ihm haftete, zugesandt, in demselben sind auch die genannten drei Wechsel aufgeführt. Er hat wegen dieser je nach Verfall — am 1. September, 2. Oktober, 10. Oktober 1894 — Protest Mangels Zahlung erheben lassen und hiervon je dem Konkursverwalter unter Beifügung von Rückrechnungen Mittheilung gemacht. Im

Prüfungstermine vom 8. Oktober, in dem Kläger weder erschienen noch vertreten war, bestritt der Konkursverwalter die Forderungen und lautet demgemäß der Eintrag in die Tabelle: „Es werden die Forderungen .... vom Konkursverwalter bestritten (rubr. Bemerkungen: „abgesonderte Befriedigung“). Am 5. Januar 1895 reichte Kläger bei dem Konkursgerichte folgendes Schreiben (d. d. 3. Januar) ein: „Unter Bezugnahme auf unser Schreiben vom 29. August v. J. — Anmeldung unserer Forderungen an die Konkursmasse Firma Carl W. betreffend — spezificiren wir hiermit die in unserem Besitze befindlichen Mangels Zahlung protestirten, mit dem Giro resp. der Unterschrift C. W. versehenen Wechsel, welche laut beiliegender Aufstellung den Betrag von 324604 ℳ 50 ₰. ergeben und für welche wir nebst 6% Verzugszinsen Befriedigung aus der Konkursmasse verlangen (vorbehältlich der Aufgabe der Eingänge aus Pfändern). Die drei Wechsel nebst Protesten überreichte Kläger am 11. Januar und 7. Februar 1895 dem Konkursgerichte, welches sie dem Konkursverwalter zur Kenntniß mittheilte. Am 25. Januar 1895 erhielt Kläger von dem Konkursgerichte einen beglaubigten Auszug aus der Konkurstabelle, betreffend das Ergebniß des Prüfungstermines vom 8. Oktober 1894 (§ 134 Abs. 1 der Konk.O.). Mit hierauf gegen den Konkursverwalter erhobener Klage beantragt Kläger die Feststellung der ihm aus den genannten drei Wechseln nebst Protesten an den Kridar als Giranten zustehenden Forderungen mit den Beträgen von 2000, 6500 und 7500 ℳ sowie mit 16 ℳ 75 ₰., 32 ℳ 75 ₰. und 36 ℳ 10 ₰. Kosten und Spesen zur Konkurstabelle.

Die Klage und die Berufung des Klägers sind zurückgewiesen.

Die Revision konnte nicht für gerechtfertigt erachtet werden.

Beklagter hat die Einrede der Verjährung (Wechs.O. Art. 78 Ziffer 1) vorgeschützt: die Anmeldung der Forderungen aus den drei Wechseln im Konkursverfahren sei nicht rechtzeitig, beziehungsweise nicht nach der Vorschrift der Konk.O. § 127 erfolgt, deshalb auch die Unterbrechung der Verjährung (§ 13 der Konk.O., § 3 Abs. 3 des Einf.Ges. zur Konk.O.) nicht bewirkt worden. Mangels der Anmeldung und Prüfung der drei Forderungen, ist weiter geltend gemacht, müsse die Feststellungsklage auch nach § 134 der Konk.-O. zurückgewiesen werden.

Das Berufungsgericht*) prüft zunächst die Verjährungseinrede und hält sie hinsichtlich der Wechsel vom 15. Juli und 30. Juni 1894 (über 2000 und 6500 ℳ) für begründet. Es führt aus: Die von dem Kläger aus den drei Wechseln gegen W. als seinen Giranten hergeleiteten Ansprüche seien zweifellos Konkursforderungen im Sinne der §§ 2, 126 der Konk.O. Denn er habe diese noch jetzt in seinem Besitze befindlichen Wechsel schon vor der Konkurseröffnung durch das Giro W.'s erworben und schon hierdurch einen Anspruch gegen ihn aus Art. 14 und wegen der beiden von W. auch ausgestellten Wechsel vom 15. Juli und 30. Juni überdies aus Art. 8 der Wechs.O. für den nachmals wirklich eingetretenen Fall, daß

*) O.L.G. Dresden, III. Civils. Urth. vom 16. Mai 1896.

die Wechsel bei Verfall Mangels Zahlung protestirt werden müßten. Diesen Anspruch habe Kläger als einen bedingten schon vor dem Eintritte des Regreßfalles geltend machen können (Konk.O. §§ 60, 142), selbst wenn er die Wechsel weiter begeben gehabt und erst später nach Verfall wieder in seinen Besitz bekommen hätte. Die erste, am 29. August 1894 erfolgte Anmeldung habe nun in Ansehung der Verjährung eine auf dem Gebiete des materiellen Rechts liegende Funktion zu erfüllen gehabt. Durch sie habe nämlich die dreimonatliche Verjährung (Wechs.O. Art. 18 Ziffer 1) unterbrochen werden oder vielmehr, da die Verjährung erst mit der Protesterhebung (1. September, 2. und 10. Oktober 1894) zu laufen begonnen habe, sofort mit ihrem nachmaligen Beginne die Unterbrechungswirkung herbeigeführt werden sollen. Jenes Anmeldungsschreiben hätte aber, um nach Maßgabe des § 73 der Konk.O. diesen Erfolg herbeizuführen, sich nicht mit dem erwähnten allgemeinen Inhalte hinsichtlich der Wechselforderungen begnügen dürfen, vielmehr wie bei jeder anderen auf den Bestand einer bestimmten Forderung bezüglichen Willenserklärung (wie Mahnung, Kündigung) die einzelnen Forderungen durch Angabe ihrer Merkmale genau kenntlich machen müssen und zwar nicht durch eine gegenüber dem Konkursverwalter allein abgegebene, sondern durch eine an das Konkursgericht gerichtete Erklärung. Deshalb komme auch insoweit das schon Mitte August 1894 dem Konkursverwalter mitgetheilte Verzeichniß aller dem W. diskontirten Wechsel als unerheblich nicht in Betracht, ganz abgesehen davon, daß die in demselben zusammengerechnete Summe (415200 ℳ) mit der im Anmeldungsschreiben angegebenen (416000 ℳ) nicht übereinstimme und daher die erheblichsten Zweifel an der Identität der hier und dort gemeinten Wechsel haben entstehen müssen. Die Beseitigung dieses Mangels des Anmeldungsschreibens vom 29. August habe selbstverständlich wirksam nur vor Ablauf der mit dem 1. September, 2. und 10 Oktober 1894 begonnenen Verjährung erfolgen können. Die verbesserte, bei dem Konkursgerichte am 5. Januar eingegangene Anmeldung sei also in Ansehung der zwei Wechsel vom 15. Juli und 30. Juni 1894, hinsichtlich deren die Verjährung am 1. Dezember 1894, beziehungsweise 2. Januar 1895 abgelaufen gewesen, zu spät gekommen, während allerdings durch sie die Verjährung des Anspruches aus dem dritten Wechsel (protestirt am 10. Oktober 1894) unterbrochen worden sei. Aber die Berufung gegen die Klagabweisung müsse in Betreff dieses Wechsels aus einem konkursprozessualen Grunde zurückgewiesen werden, der übrigens gleichmäßig auch die Klage aus den Wechseln vom 15. Juli und 30. Juni 1894 treffe. Könne nämlich die ursprüngliche Anmeldung vom 29. August 1894 als solche vom Standpunkte des Konkursrechtes aus als Unterlage für die Betheiligung des Klägers am Konkursverfahren wegen Nichtbeobachtung der Vorschriften in § 127 der Konk.O. nicht in Betracht kommen, sei mithin erst durch die verbesserte Anmeldung vom 3./5. Januar 1895 diesen Vorschriften genügt worden, so hätte zunächst auf diese Anmeldung hin das Prüfungsverfahren stattfinden müssen, ohne welches der Prozeßrichter formell ver-

hindert sei, auf Grund der seinerseits vorzunehmenden Prüfung die Feststellung zur Tabelle auszusprechen (Konk.O. § 134 Abs. 4). Da dieses Prüfungsverfahren seither nicht stattgefunden habe, so habe sich das Urtheil auf den Standpunkt zu stellen, als läge nur die Anmeldung vom 29. August 1894 und das Ergebniß des auf dieselbe bezüglichen Prüfungstermines vom 8. Oktober 1894 vor. In dem Schreiben vom 29. August 1894 könne nun eine Anmeldung im Sinne der Konkursordnung nicht erblickt werden. Die Anmeldung bilde die formelle Voraussetzung der Feststellung einer Forderung zur Tabelle; sie habe nach § 127 der Konk.O. die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung zu enthalten. Bei Feststellung des Umfanges und der Bedeutung dieser Vorschrift lasse sich zwar nicht ohne Weiteres derselbe strenge Maßstab anlegen, wie an die Klagschrift im Prozesse nach der Vorschrift in § 230 Ziffer 2 (§ 630 Ziffer 2) der C.P.O. Die entscheidende Norm lasse sich nicht etwa aus den Vorschriften des § 133 Abs. 2 und § 134 Absatz 4 der Konk.O. gewinnen. Denn die der Eintragung in die Tabelle beigelegte Rechtskraftwirkung habe zur Voraussetzung die Feststellung der angemeldeten Forderung im Prüfungstermine (§ 133) und es sei nicht ausgeschlossen, daß die Feststellung trotz wesentlicher Mängel der Anmeldung erfolge, wenn nur die Konkursgläubiger und der Konkursverwalter nicht widersprechen oder sie gar die Feststellung ausdrücklich genehmigen. Aus der Vorschrift des § 134 Abs. 4, wonach auch die im Prüfungstermine gemachten Angaben über die Forderung zu berücksichtigen seien, folge zwar, daß (abweichend von den mehr formalen Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Klagänderung) im Prüfungstermine ein anderer Grund oder ein anderer Betrag der Forderung geltend gemacht werden können, als bei der Anmeldung, und Mängel der letzteren gehoben werden könnten (vorbehaltlich der Anberaumung eines besonderen Prüfungstermines § 130). Benütze aber der Gläubiger diese Möglichkeit zur Verbesserung oder Aenderung der Anmeldung nicht, so müsse diese schon alle Erfordernisse des § 127 der Konk.O. an sich tragen, das heißt, die angemeldete Forderung nach Grund und Betrag so deutlich kennzeichnen, daß über die Identität der Forderung kein Zweifel bestehe. Ohne diese wesentlichen Erfordernisse sei eine Anmeldung im Sinne der Konkursordnung nicht vorhanden. In dem Schreiben vom 29. August 1894 sei zwar der Rechtsgrund der *kollektiv* angemeldeten Forderungen als Wechsel- beziehungsweise Wechselregreßforderungen durch die Worte „Wechsel, auf welchen W. als Girant resp. Aussteller auch Acceptant figurirt" genügend bezeichnet. Aber es fehle die Angabe des Betrages, überhaupt die genaue Bezeichnung der *einzelnen* Forderungen, insbesondere der jetzt streitigen in dem erwähnten Sinne, da Kläger *nur zusammenfassend* angemeldet habe „416000 ℳ Wechselforderungen". Daß dieser Mangel ein wesentlicher sei, zeige sich im vorliegenden Falle besonders deutlich darin, daß Kläger zur Zeit der Anmeldung vom 29. August 1894 sich noch gar nicht klar gewesen sei, welche Einzelforderungen er einmal als unter die Kollektivbezeichnnng „416000 ℳ Wechselforderungen" fallend angeben

und aus der Masse bezahlt verlangen wolle, in welcher Beziehung auch die Nichtübereinstimmung der Summenangaben in dem Anmeldungsschreiben und in dem zuvor dem Konkursverwalter mitgetheilten Verzeichnisse als erheblich erscheine. Dieser letztere Umstand mache auch die Beantwortung der Frage entbehrlich, ob die Mängel der Anmeldung für gehoben angesehen werden könnten, falls Kläger wenigstens dem Konkursverwalter gegenüber die Unbestimmtheit der Anmeldung beseitigt hätte. Endlich könne auch die durch den Gerichtsschreiber erfolgte Eintragung der ganz allgemein angemeldeten 416000 ℳ Wechselforderungen in die Tabelle für die Annahme der formellen Gültigkeit der Anmeldung nicht verwerthet werden. Denn diese Eintragung (§ 128 Absatz 2) habe nur die Bedeutung, das Geschäft im Prüfungstermine und die von den Betheiligten abzugebenden Erklärungen vorzubereiten und zu erleichtern, während die Anmeldung die Eigenschaft einer urkundlichen Grundlage für das weitere Verfahren erst durch ihre Behandlung und eventuelle Berichtigung im Prüfungstermine erlange. Eine besondere Rüge der formellen Mangelhaftigkeit einer Anmeldung durch die anderen Konkursgläubiger oder den Konkursverwalter erfordere das Gesetz nicht, wenn auch ein Recht zur Rüge anzuerkennen sein werde. Deshalb könnte auch in dem Bestreiten der Forderungen des Klägers im Prüfungstermine durch den Konkursverwalter, selbst wenn darin das Ergebniß einer sachlichen Prüfung dieser Forderungen habe ausgedrückt werden sollen, eine Hebung des Mangels nicht erblickt werden.

Die Revision wirft dem Berufungsgericht hinsichtlich beider von den Parteien zur Entscheidung gestellten Fragen vor, daß es von einer zu formalen Auffassung der Vorschriften der Konkursordnung ausgehen und deshalb zu rechtsirrigen Resultaten gelange.

Nicht bemängelt ist der Ausgangspunkt des Berufungsgerichtes, daß die fraglichen Wechsel-Regreßansprüche Klägers als bedingte Konkursforderungen im Konkurse angemeldet werden konnten. Hier entsteht aber sofort die Frage, ob durch die Anmeldung vom 29. August 1894 die Verjährung der damals bedingten Regreßansprüche des Klägers überhaupt unterbrochen werden konnte. Eine Verjährung bedingter Ansprüche kann wohl auch nach dem sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche erst mit dem Eintritte der Bedingung beginnen (siehe § 158 des Bürg. Gesetzbuchs, vergleiche Windscheid, Pandekten I § 107, l. 7 § 4 Cod. de praescr. XXX 7, 39), und vorher kann auch wohl nicht von einer Unterbrechung der (noch nicht begonnenen) Verjährung die Rede sein. Die Verjährung der Regreßansprüche des Klägers aus den beiden Wechseln vom 15. Juli und 30. Juni 1894 begann erst mit dem Tage des erhobenen Protestes (Art. 78 Abs. 2 der Wechs.O.) das heißt am 1. September und 2. Oktober 1894. Vor dem Tage der zweiten, jedenfalls ordnungsmäßig erfolgten Anmeldung, 5. Januar 1895, würde aber bezüglich beider Wechsel die Verjährung (nämlich am 1. Dezember, 2. Januar 1895) abgelaufen gewesen sein. Aber der Prüfungstermin fand statt nach

den Protesterhebungen, nachdem also die Verjährung begonnen hatte (8. Oktober 1894) und es würde sich fragen, ob nicht die Anmeldung vom 29. August 1894 — vorausgesetzt, daß sie rücksichtlich der hier in Frage stehenden Forderungen den gesetzlichen Erfordernissen entspräche —, nachdem einmal über sie, wenn auch in Abwesenheit des Klägers, im Prüfungstermine verhandelt worden ist, nicht doch als eine die Verjährung unterbrechende Anmeldung anzusehen wäre. Hieran schlösse sich die weitere Frage, wie lange diese Unterbrechung wirke. Selbst wenn man zu Ungunsten des Klägers annähme, daß die Unterbrechung nicht etwa bis zur Beendigung des Konkursverfahrens oder wenigstens bis zur Zustellung des in § 134 Abs. 1 der Konk.O. genannten Tabellenauszuges, sondern nur bis zur Beendigung des Prüfungstermines dauerte, so würde doch die neu begonnene Verjährung durch die ordnungsmäßig erfolgte zweite Anmeldung vom 5. Januar 1895 wieder unterbrochen worden sein. Es kommt also auch von diesem Gesichtspunkte aus auf die Prüfung der Frage an, ob die Anmeldung vom 29. August 1894 an sich den Vorschriften der Konkursordnung entspricht und deshalb geeignet war, die Unterbrechung der Verjährung der Regreßansprüche des Klägers aus den beiden Wechseln zu bewirken. In dieser Beziehung muß den Ausführungen des Berufungsgerichtes beigetreten werden. Die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung ist an die Anmeldung im Konkurse geknüpft (Konk.O. § 13, Einf.Gesetz § 3 Abs. 2) und gerade mit Rücksicht auf diese Wirkung ist, worüber auch die Motive zu §§ 13, 127 der Konk.O. keinen Zweifel lassen, die Anmeldung bei dem Konkursgerichte (nicht bei dem Verwalter) und ein gewisser Inhalt der Anmeldung, nämlich die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung als wesentlich vorgeschrieben (§ 127). Die Anmeldung muß, als die im Konkurse mögliche thätige Verfolgung des Anspruches, den in der Konkursordnung hinsichtlich der Bestimmtheit, das heißt der Individualisirung der anzumeldenden Ansprüche gestellten Anforderungen entsprechen (vergl. auch § 10 der Konk.O.); thut sie dies nicht, so kann durch sie auch nicht die Verjährung unterbrochen werden. Hierüber besteht, soviel zu ersehen, auch in der Litteratur allseitiges Einverständniß. In zutreffender Weise hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß die Anmeldung vom 29. August 1894 diesen gesetzlichen Erfordernissen nicht entspricht, soweit sie von dem Kläger auf die jetzt fraglichen Wechselregreßansprüche bezogen werden will. Die Auffassung, daß Kläger nicht diese und andere bestimmte Wechselforderungen, sondern eine unbestimmte Gesammtforderung angemeldet hat, wird noch unterstützt durch das eigene Vorbringen des Klägers in diesem Rechtsstreit, wonach die Wechsel nur Einzelfaktoren eines Kontokorrentsaldos seien, und die hieraus sich ergebende Gesammtforderung die Bedeutung einer Buchforderung habe. Aber auch wenn man annimmt, daß einzelne Forderungen des Klägers aus seinem Wechselverkehre mit W. angemeldet werden sollten, so fehlt eben die Angabe der einzelnen Forderungen nach Rechtsgrund und Betrag; im Gegentheil ist nur allgemein angedeutet, daß es sich um Ansprüche gegen W.

als Aussteller, Giranten auch Acceptanten von Wechseln, also um Ansprüche verschiedener Art, handle. Es ist auch kaum denkbar, daß auf diese Anmeldung hin eine Feststellung hätte erfolgen können ohne die Gefahr eines nachträglichen Streites darüber, welche Forderungen festgestellt seien. Auf das schon zuvor dem Konkursverwalter mitgetheilte Verzeichniß der überhaupt etwa in Frage kommenden Wechsel könnte sich Kläger zur Abwendung der Verjährungseinrede höchstens berufen, wenn er in dem Anmeldungsschreiben vom 29. August 1894 auf dasselbe Bezug genommen und hiermit zu erkennen gegeben hätte, daß er es als Beweisstück (Beilage) für seine Anmeldung (§ 127 Satz 3) benützen wolle. Auch dann wäre übrigens immer noch zu untersuchen, ob und welche einzelne Forderungen, insbesondere die jetzt im Streite befangenen, als angemeldet angesehen werden könnten, ganz abgesehen von der durch das Berufungsgericht hervorgehobenen Abweichung des Verzeichnisses von der Anmeldung. Nun soll allerdings der Konkursverwalter im Prüfungstermine die Anmeldung sachlich geprüft haben. Worin diese Prüfung bestanden hat und bestanden haben kann, ist nicht ersichtlich. Zur Prüfung lag ihm eben nur vor die allgemein gehaltene Anmeldung und er hat die ganze angemeldete Forderung bestritten und zwar ohne Angabe des Grundes seines Bestreitens, wozu er befugt war. Weiteres liegt nicht vor, insbesondere nicht, daß sich der Konkursverwalter auch nur hierbei bewußt war, welche einzelnen Ansprüche, insbesondere ob gerade die jetzt streitigen, Kläger im Konkurse geltend machen wolle. Nun meint die Revision, der Fall einer inhaltlich mangelhaften Anmeldung im Konkurse stehe gleich der Zustellung einer mangelhaft substanziirten Klage; in der Judikatur bestehe kein Zweifel, daß die Unterbrechung der Verjährung auch durch Zustellung einer solchen Klagschrift bewirkt werde; dasselbe müsse gelten von einer mangelhaften Anmeldung. Allein die Unterbrechung der Verjährung ist doch nur an die ordnungsmäßige Klagerhebung, das heißt an die Zustellung einer den Erfordernissen des § 230 (besonders auch der Ziffer 2) entsprechenden Schriftsatzes geknüpft und wenn der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses der Klagschrift durch die Unterlassung einer Rüge seitens des Beklagten und beziehungsweise durch die Verbesserung in der mündlichen Verhandlung als gehoben zu betrachten ist, so kommt in Betracht, daß eine etwa im Prüfungstermine auszuübende Rügepflicht des Konkursverwalters (oder der Konkursgläubiger) nicht besteht und der Kläger seine Anmeldung im Prüfungstermine nicht, wie er gekonnt, verbessert, das heißt ihre Beziehung auf die jetzt streitigen Forderungen klar gelegt hat. Die Revision scheint an die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Fortwirkung der durch eine angebrachter Maßen abgewiesene Klage bewirkten Unterbrechung (vergleiche Seuffert's Archiv VI Nr. 133 IX Nr. 250, XX Nr. 101, XXXI Nr. 161, XXXV Nr. 163, Reichsgerichts-Entscheidungen in Civ.S. Bd. V S. 122) zu denken (siehe übrigens Sächs. Bürgerl. G.B. § 166, wonach die neue verbesserte Klage binnen drei Monaten von der Zurückweisung an zu erheben wäre). Allein abgesehen davon, daß solchen Falles das Bestehen-

bleiben der Unterbrechungswirkung der ersten (abgewiesenen) Klage bis zur Erhebung einer neuen Klage die kennbare Identität der neuen Klage hinsichtlich des Gegenstandes mit der ersten Klage zur Voraussetzung hat, woran es hier im Verhältniß der ersten Anmeldung zur zweiten vom 5. Januar 1895 eben fehlt, ist dieser Fall mit dem einer mangelhaften Anmeldung im Konkurse, wenn der Konkursverwalter die in der Anmeldung bezeichnete Forderung bestritten hat, überhaupt nicht zu vergleichen. Ausschlaggebend ist, daß die Konkursordnung als einzigen Weg thätiger Verfolgung des Rechtes im Konkurse, durch den die Verjährung unterbrochen werden kann, nur die in § 127 geordnete Anmeldung bei dem Konkursgerichte kennt. Die Auffassung der Revision, der zweiten Anmeldung vom 5. Januar 1895 komme als einer Verbesserung der ersten Anmeldung selbständige Bedeutung insofern zu, als durch sie die Mängel der ersten Anmeldung gehoben und diese in Beziehung auf die streitigen Forderungen zu einer ordnungsmäßigen gemacht worden sei, ist unhaltbar. Wenngleich Mängel einer Anmeldung durch bei dem Konkursgerichte eingereichte oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebrachte Ergänzungen und Berichtigungen oder im Prüfungstermine gehoben werden können, so kann doch, wenn solche Verbesserung nach Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommen wird, nicht hierdurch nachträglich die einmal eingetretene Verjährung wieder beseitigt werden. Endlich hat auch die Bestimmung des § 87 Abs. 1 der Konk.O., betreffend die Regelung der für eine streitig gebliebene Forderung zu gewährenden Stimmrechte, keinen Bezug hierher. Der absoluten Ausschließung solcher Forderungen wird hier vorgebeugt, weil die Nichtberücksichtigung derselben bei Abstimmungen unter Umständen im Hinblick auf frivole und böswillige Bestreitungen bedenklich wäre. Ebenso ist in § 87 Abs. 2 die Zulassung zum Abstimmen in einer Gläubigerversammlung für nicht geprüfte Forderungen vorgesehen, in welchem Falle also noch ganz dahinsteht, ob die Anmeldung der Forderungen überhaupt eine dem Gesetze entsprechende war.

Aus Vorstehendem ergiebt sich ohne Weiteres auch die Hinfälligkeit der Revision gegen den zweiten Theil der Entscheidung. Kann die Anmeldung vom 29. August 1894 nicht als eine solche der jetzt streitigen Wechsel-Regreßforderungen angesehen und muß davon ausgegangen werden, daß in dem einzigen Prüfungstermine vom 8. Oktober 1894 auf Grund jener Anmeldung eine Prüfung dieser Forderungen nicht stattgefunden hat, so ist die Feststellungsklage auch hinsichtlich des Anspruches aus dem Wechsel vom 9. Juli 1894 über 7500 ℳ nach Maßgabe der Vorschrift in § 134 Abs. 4 der Konk.O. abzuweisen. Den Ausführungen des Berufungsgerichtes ist darin beizutreten, daß Gegenstand der ersten Anmeldung wie der Prüfung im Termine vom 8. Oktober 1894 nur war ein nicht substanziirter Kollektivanspruch, und daß demnach die erhobene Feststellungsklage Ansprüche einführt, welche in der Anmeldung und im Prüfungstermine in der That nicht geltend gemacht worden sind, über welche also der Konkursverwalter und die übrigen Konkursgläubiger sich zu erklären überhaupt noch nicht in der Lage ge-

wesen sind. Die Zulassung der erhobenen Feststellungsklage auf Grund der neuen Anmeldung vom 5. Januar 1895 (und ihrer Beilagen) ginge nur an, wenn im Feststellungsprozesse eine Aenderung des das Wesen der Forderung bestimmenden Schuldgrundes statthaft wäre, dies ist eben durch die Vorschrift in § 134 Abs. 4 ausgeschlossen (siehe Motive S. 366). Die Annahme der Revision, sämmtliche Betheiligte hätten nie Zweifel darüber gehabt, daß mit der „verbesserten" Anmeldung keine neuen Forderungen aufgestellt werden, ist willkürlich und wird widerlegt durch den insbesondere hinsichtlich des angemeldeten Betrages ganz verschiedenen Inhalt beider Anmeldungen. Es ist zudem nicht ersichtlich, bei welchem Anlaß die übrigen Konkursgläubiger die Ueberzeugung davon erlangt haben sollten, daß die am 5. Januar 1895 angemeldeten Forderungen unter der ersten Anmeldung begriffen gewesen wären, beziehungsweise von dem Kläger schon (wenn auch als bedingte) geltend gemacht wurden. Im Prüfungstermine vom 8. Oktober 1894 konnten sie jedenfalls diese Ueberzeugung nicht haben und hierauf allein kommt es an. Der Konkursverwalter hat aber die Identität von Anfang an bestritten und zwar, wie das Berufungsgericht ausführt, mit vollem Rechte.

Pfändung des dem Schuldner gegen eine Lebensversicherung zustehenden Anspruchs, wenn die Police ein unvollkommenes Inhaberpapier ist. Klage auf Freigabe. §§ 732, 730, 690 der C.P.O., § 1647 des B.G.B.'s.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 6. Juli 1897. O. VII. 32/97.

Der Beklagte hat auf Grund vollstreckbaren Schuldtitels gegen den Ehemann der Klägerin die Pfändung derjenigen Ansprüche erwirkt, die diesem angeblich gegen die Basler Lebensversicherungsgesellschaft laut der Police Nr. 39073 über 2000 ℳ aus dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Lebensversichungsvertrage zustehen. Inhalts der Police „versichert die Gesellschaft durch diese Police dem N. — den Ehemann der Klägerin — auf Grund der eingereichten Declarationen und Gesundheitsbescheinigungen und unter den nachstehenden Bedingungen die Summe von 2000 ℳ. Das versicherte Kapital wird gezahlt nach dem Tode des N. an den Inhaber der Police". Die Pfändung ist durch Beschluß des Amtsgerichts zu Leipzig vom 30. September 1896 nach Maßgabe des § 730 der C.P.O. verfügt. Eine Pfändung der Police selbst, die sich zur Sicherung für ein dem Ehemanne der Klägerin gewährtes Darlehn im Pfandbesitze der Lebensversicherungsgesellschaft befindet, ist nicht erfolgt. Die Klägerin beansprucht mit der Widerspruchsklage aus § 690 der C.P.O. vom Beklagten die Freigabe der Forderung auf die Versicherungssumme, weil sie die Police zu Weihnachten 1884 von ihrem Ehemanne geschenkt erhalten, seitdem bis zur Hingabe als Faustpfand an die Versicherungsgesellschaft stets in ihrer besonderen Verwahrung gehabt, auch, außer der ersten, sämmtliche Prämienzahlungen aus eignen Mitteln geleistet habe. Sie hat den Antrag gestellt, den Beklagten zu verurtheilen, anzuerkennen, daß die

Ansprüche gegen die Basler Lebensversicherungsgesellschaft in Basel aus der Police Nr. 39073 über 2000 ℳ aus dem dieser Police zu Grunde liegenden Lebensversicherungsvertrage dem Buchhalter D. in Leipzig — dem Ehemann der Klägerin — nicht zustehen, und daß der Beklagte verpflichtet sei, diese Ansprüche aus der Pfandverstrickung zu entlassen.

Der Beklagte beantragt Klagabweisung.

In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden. Auf die Berufung der Klägerin wurde die Pfändung der dem Ehemanne der Klägerin gegen die Versicherungsgesellschaft zustehenden Ansprüche aus dem abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrage für unzulässig erklärt und aufgehoben aus folgenden Gründen:

1. Die vorige Instanz hat die Klage abgewiesen, weil die von der Klägerin für sich in Anspruch genommene Forderung gegen die Basler Lebensversicherungsgesellschaft mangels einer der Vorschrift in § 732 der C.P.O. entsprechenden Pfändung überhaupt nicht Gegenstand der vom Beklagten betriebenen Zwangsvollstreckung geworden sei. § 732 der C.P.O. regelt jedoch nur die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können. Eine mit der Inhaberklausel versehene Lebensversicherungspolice gehört nicht zu den letzteren Papieren.

Zu vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, 29 S. 299.

Nach § 1 der, Inhalts der Police maßgebenden, ihr aufgedruckten Versicherungsbedingungen gelten die Police zusammen mit den vom Versicherungsnehmer zum Zwecke des Versicherungsabschlusses eingereichten Antragspapieren als die eigentlichen Urkunden über den Versicherungsvertrag. Nach § 14 erfolgt die Zahlung der Versicherungssumme, wenn nicht eine bestimmte Person als empfangsberechtigt in der Police namhaft gemacht ist, zwar an den Ueberbringer der Police; die Gesellschaft ist jedoch berechtigt, wenn schon nicht verpflichtet, den Nachweis der Legitimation des Präsentanten zu fordern und, wenn dieser nicht vollständig geführt wird, die Zahlung zu verweigern. Hiernach ist die Police kein vollkommenes Inhaberpapier. Die Urkunde ist nicht schlechthin Träger der Forderung gegen die Versicherungsgesellschaft. Der Inhaber der Police als solcher hat kein Recht auf Zahlung der Versicherungssumme, es hat nur die Gesellschaft ein Recht auf Zahlung an den bloßen Inhaber. Die Inhaberklausel der Police will nicht den Inhaber der Legitimation, nur die Gesellschaft der Legitimationsprüfung überheben; sie ist für die Frage, wer der eigentliche Forderungsberechtigte aus dem Vertrage ist, überhaupt belanglos.

Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s 3 S. 341 flg., Seuffert's Archiv 43 Nr. 216.

Die Police ist vielmehr ein sogenanntes unvollkommenes Inhaberpapier und als solches nicht Werthpapier im Sinne von § 722 der C.P.O., sodaß sie auch nicht nach den Grundsätzen über Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen,

§ 712 flg. der C.P.O., durch Inbesitznahme Seiten des Gerichtsvollziehers zu pfänden war. Die Lebensversicherungspolice, obwohl mit der Inhaberklausel in dem soeben klargelegten Sinne versehen, ist nach ihrem wirthschaftlichen Zwecke nicht ein für den Verkehr bestimmtes wirkliches Cirkulationspapier; es kommt ihr kein selbständiger realisirbarer Vermögenswerth zu, sie bleibt bloses Legitimationspapier.

Ehrenberg, Versicherungsrecht I S. 260, 472 flg.; Rüdiger die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, S. 306; Brunner in Endemann's Handbuch des Handelsrechts II S. 175; Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 170 flg.; Entscheidungen des Reichsgerichts, 29 S. 301, Sächsisches Archiv, 6 S. 140.

Dies auch, obschon nach § 14 der Versicherungsbedingungen das Versicherungskapital „gegen Rückgabe der Police" gezahlt wird. Denn der Sinn ist nicht, daß nur gegen Rückgabe des Versicherungsscheines Zahlung geleistet werden dürfe. Die Bestimmung ist nicht zum Schutze Dritter, die Rechte an der Police erworben haben, sondern nach der klar hervortretenden Absicht der sie stellenden Versicherungsgesellschaft nur im Interesse eben dieser selbst getroffen und besagt blos, daß die Gesellschaft nur gegen Rückgabe der Police Zahlung zu leisten brauche.

Ehrenberg a. a. O. § 38 unter D S. 471, Brunner a. a. O. S. 175.

Durch Abschluß des Versicherungsvertrags ist nur ein bedingtes und betagtes Forderungsrecht auf die Versicherungssumme dem Versicherungsnehmer als solchem erwachsen.

Hoffmann, der Lebensversicherungsvertrag im Lichte der Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s, S. 62 flg.; Bolze, Praxis des Reichsgerichts 14 Nr. 463; Zu vergl. auch § 17 Abs. 1 der Policenbedingungen.

Er ist dieses sein Forderungsrecht, soweit nicht rechtsgiltige Beschränkungen dem Versicherungsvertrage zu entnehmen sind, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen auf Andere zu übertragen befugt. Die Annahme der Vorinstanz, die auf den Inhaber gestellte Lebensversicherungspolice gehöre zu den Papieren, die durch Indossament übertragen werden können, insbesondere erfolge die Uebertragung der zu Grunde liegenden Forderung durch Uebergabe der Urkunde, entbehrt der rechtlichen Grundlage. Durch Indossament übertragbar sind Seeversicherungspolicen, aber auch nur dann, wenn sie an Ordres lauten, Art. 302 des H.G.B.'s. Andren Versicherungspolicen läßt das Handelsgesetzbuch auch nicht durch Beifügung der — im vorliegenden Falle überdies fehlenden — Ordreklausel die Eigenschaft von Ordrepapieren im Sinne des Handelsgesetzbuchs beilegen. Die in ihnen beurkundeten Forderungen können daher, Mangels auch einer sonstigen die Indossirbarkeit gewährenden Bestimmung des bürgerlichen Rechtes, (hier, zufolge § 1 der Königl. Sächs. Verordnung vom 16. September 1856 und § 18 der Policenbedingungen, des Sächs. Rechts),

zu vergl. auch Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s, 3 S. 350, lediglich durch Abtretung übertragen werden. Blose Besitzübertragung der Police genügt nicht. Der Erwerb des Anspruchs auf die Versicherungssumme ist aber auch nicht durch Aushändigung des Versicherungsscheins bedingt,

Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 172, 328; Lewis, Seerecht, II S. 277; Rüdiger, a. a. O. S. 307; Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s, 3 S. 80 und Anm. **) daselbst.

Allerdings kommen auch Indossamente auf Policen ohne Ordreklausel vor.

Voigt, See-Versicherungsrecht, S. 70 flg.; Lewis, Seerecht, II S. 277.

Der Geschäftsverkehr legt diesen Indossamenten die Bedeutung bei, den Indossatar zur Geltendmachung der aus der Versicherung hervorgehenden Rechte zu legitimiren. Der Indossatar wird aber hier des Nachweises, welches Rechtsgeschäft dem Indossament zu Grunde liegt, erforderlichen Falls nicht überhoben. Ein solches Indossament auf einer auch nur mit der Inhaberklausel im hier fraglichen Sinne versehenen Urkunde wäre praktisch so gut wie nutzlos. Und da es der Police nicht die Bedeutung verleiht, daß der Versicherer nur dem durch das Indossament legitimirten Inhaber verpflichtet sei, blos auf solche Papiere aber § 732 der C.P.O. nach den Motiven und nach dem Zwecke dieser Bestimmung sich bezieht, so kommt ein derartiges Indossament hier nicht weiter in Betracht. Sonach ist die Annahme, die Pfändung der Forderung aus dem Versicherungsvertrage habe mit rechtlicher Wirkung nur durch Inbesitznahme der Police durch den Gerichtsvollzieher erfolgen können, um so gewisser unzutreffend, als der klare Wortlaut der Ausnahmevorschrift in § 732 der C.P.O. und ihre Eigenschaft als Formvorschrift eine analoge Anwendung ausschließen.

Entscheidungen des Reichsgerichts 20 S. 309.

Die Pfändung war vielmehr, wie geschehen, nach § 730 der C.P.O. zu vollziehen. Das auf diesem Wege erlangte Pfandrecht an der Forderung war nicht bedingt durch die Abnahme des Versicherungsscheins. Kann der Pfandgläubiger diesen nicht vorlegen, ihn auch nicht auf dem im § 737 der C.P.O. vorgezeichneten Wege erlangen, so mag dadurch vielleicht die Verwirklichung des Pfandrechts gehindert werden. Die Entstehung dieses Rechts bleibt davon unbeeinflußt.

Entscheidungen des Reichs-O.H.G.'s 3 S. 77; Entscheidungen des Reichsgerichts 20 S. 309 flg., 312.

Das Landgericht meint, die Zulassung der Forderungspfändung nach § 730 der C.P.O. im vorliegenden Falle würde die gleiche Rechtsunsicherheit erzeugen, wie wenn sie bei echten Inhaberpapieren statthaft wäre, denn die ursprünglich begründete Befugniß des Schuldners (Drittschuldners), sich durch Leistung an jeden Inhaber zu befreien, werde durch eine nachfolgende gerichtliche Pfändung der Forderung nach § 730 der C.P.O. nicht aufgehoben, damit aber die Verwirklichung des Pfandrechts gefährdet. Diese Schwierigkeit erhebt sich aber gar nicht.

Denn die Inhaberklausel giebt dem Versicherer ein Recht auf Zahlung an den blosen Inhaber nur unter der Voraussetzung, daß er in gutem Glauben handelt.

Brunner, a. a. O. S. 175, Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 171, Ehrenberg, a. a. O. S. 472 und 473.

In gutem Glauben darf er aber nicht mehr zahlen, wenn ein gerichtliches Zahlungsverbot vorliegt.

Somit kann der Art der Pfändung ein Bedenken gegen die erhobene Widerspruchsklage nicht entnommen werden.

2. Es wird sodann als erwiesen angesehen, daß der Ehemann der Klägerin dieser die unter dem 1. Dezember 1884 ausgestellte Police zu Weihnachten 1884 geschenkt und daß sie dieselbe seidem in ihrer besonderen Verwahrung gehabt und auch die seit dieser Zeit fällig gewordenen Prämienzahlungen geleistet habe, sowie weiter bemerkt: Nach dem wirthschaftlichen Zwecke, der mit dem Geschenke der Police ersichtlich verfolgt wurde, ist die Annahme gerechtfertigt, daß Geber und Empfängerin mit der Hingabe des Versicherungsscheines die Uebertragung des durch die Police beurkundeten Forderungsrechts aus dem Versicherungsvertrage bezweckten.

Zu vergl. Annalen des Königl. Sächs. O.L.G.'s 16 S. 177.

Die Uebergabe der Police enthielt die Willenserklärung des Versicherungsnehmers, daß die Klägerin berechtigt sein sollte, die Forderung für sich und zu eigenem Nutzen geltend zu machen; diese Erklärung wurde von der Klägerin durch Entgegennahme des Scheins angenommen; damit schied die Forderung aus dem Vermögen des Ehemannes aus. §§ 962, 963, 968 des B.G.B.'s konnten also fernerhin nicht mehr Gegenstand einer gegen den Ehemann erfolgenden Zwangsvollstreckung sein. Das Recht der Ehefrau an der Forderung stellt sich als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne von § 690 der C.P.O. dar.

Entscheidungen des Reichsgerichts 31 S. 382.

§ 1647 des B.G.B.'s steht der Giltigkeit des Abtretungsgeschäftes nicht entgegen. Eine Schenkung im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, weil es an der Absicht des Ehemannes gebricht, die Klägerin durch Zuwendung des Anspruchs auf die Versicherungssumme zu bereichern. Er hat mit der Uebereignung die Absicht verfolgt, seiner sittlichen und natürlichen Verpflichtung zu thunlichster Sicherung seiner mit seinem Tode den Anspruch auf Beschaffung des erforderlichen standesgemäßen Unterhalts verlierenden Ehefrau vor Entbehrungen zu genügen. Auf unentgeltliche Zuwendungen dieser Art läßt sich der Schenkungsbegriff jedenfalls nach Sächsischem Rechte nicht anwenden.

Annalen des Königl. Sächs. O.L.G.'s 7 S. 532, Sächs. Archiv, 4 S. 727, 6 S. 620 flg.

Zustellung von Anwalt zu Anwalt, hierbei keine Ersatzzustellung; Zeitpunkt der Vollendung der Zustellung.

Urtheil des O.L.G.s Dresden vom 26. Juni 1897. O. V. 57/97.

Der Beklagte hat gegen das Versäumnißurtheil des Berufungsgerichts vom 3. April 1897, das auf Betreiben seines Prozeßbevollmächtigten dem Prozeßbevollmächtigten des Klägers laut vorgelegten Empfangsbekenntnisses vom 14. April 1897 an diesem Tage von Anwalt zu Anwalt zugestellt worden ist, Einspruch eingelegt.

Zum Nachweis der Zustellung des Einspruchsschriftsatzes hat der Beklagte Empfangsbekenntniß des Prozeßbevollmächtigten des Klägers, des Rechtsanwalts N. vom 28. April 1897 vorgelegt, in dem dieser bekennt, „heute eine beglaubigte Abschrift vorstehenden Schriftsatzes von Rechtsanwalt X., dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten, zugestellt erhalten zu haben." Erläuternd ist dazu von Rechtsanwalt N. amtlich Folgendes bemerkt, „daß vorstehendes Original nebst beglaubigter Abschrift vom obigen Datum hiervon von einem Boten des Rechtsanwalts X. am 28. April Nachmittags gegen 6½ Uhr auf meiner regelmäßig bis 7 Uhr Abend geöffneten Expedition an meinen Registrator B. abgegeben und von diesem, wie mir derselbe versichert hat, mit der Erklärung, daß ich abwesend sei, und er mir später die beiden Schriftstücke vorlegen werde, angenommen und zurückbehalten worden ist, worauf ich, da ich am 28. Abend auf mein Bureau nicht zurückgekehrt bin, am 29. April früh diesen Originaleinspruch mit der von meinem Registrator am 28. April 6½ Uhr präsentirten beglaubigten Abschrift vorfand und die bereits mit Datum ausgefüllte vorstehende Originalquittung unterschrieb, so daß ich diese Unterschrift nicht am 28. April 1897, sondern erst am 29. April 1897 auf diesen Tags vorher auf meiner Expedition abgegebenen Einspruch bewirkt habe."

Die Richtigkeit der in der Erläuterung bezeugten Vorgänge wird vom Beklagten zugestanden.

Außerdem sind die Parteien über Folgendes einverstanden.

Rechtsanwalt N. hat das Empfangsbekenntniß ohne die Erläuterung dem Rechtsanwalt X. am 29. April 1897 persönlich übergeben, ihm hierbei auch den Verlauf der Zustellung mitgetheilt und, da Zweifel geäußert wurden, ob das Empfangsbekenntniß unter diesen Umständen richtig sei, dieses auf Verlangen sofort zurückerhalten, worauf er es in der angegebenen Weise ergänzt und mit der Ergänzung wieder an Rechtsanwalt X. ausgehändigt hat.

Erst am 29. April 1897 hat Rechtsanwalt X. von der Abgabe des Schriftsatzes Kenntniß erhalten.

Der Einspruch des Beklagten wurde als unzulässig verworfen aus folgenden Gründen:

Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt ist vom Gesetz lediglich als Er-

gänzung der die Regel bildenden Zustellung durch die Post oder den Gerichtsvollzieher zugelassen. Sie kann nur angewendet werden, wenn beide Anwälte, zwischen denen zuzustellen ist, hiermit einverstanden sind. Es hängt vom freien Willen des Anwalts, dem zugestellt werden soll, ab, ob er das zuzustellende Schriftstück annehmen will oder nicht. Dies ist nicht blos deshalb anzunehmen, weil das Gesetz ihm keine Annahmeverpflichtung auferlegt, sondern geht auch daraus hervor, daß ohne seine Mitwirkung die Zustellung überhaupt nicht ausführbar ist, da er als Empfänger die die Zustellung beweisende Urkunde, das Empfangsbekenntniß, auszustellen hat und kein gesetzliches Mittel besteht, diese Mitwirkung, wenn sie verweigert wird, entbehrlich zu machen. Eine Ersatzzustellung im Sinne der §§ 166 flg. C.P.O. ist bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt ausgeschlossen. Denn diese Vorschriften beziehen sich, wie theils ihr Inhalt theils ihre Stellung im Gesetz ergiebt, nur auf Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher und durch die Post. Ihrer entsprechenden Anwendung auf die Zustellung von Anwalt zu Anwalt steht entgegen, daß bei dieser der Anwalt der Empfänger des zuzustellenden Schriftstücks ist, dessen Zustellung zu beurkunden hat, was zur Zustellung wesentlich gehört, er dies selbstverständlich aber erst dann thun kann, wenn er von dem Empfang Kenntniß erhält. Außer dem Anwalt kann mit gleicher Wirkung, wie ihm selbst, im Fall der Zustellung von Anwalt zu Anwalt nur seinem nach § 25 R.A.O. bestellten Vertreter oder seinem Zustellungsbevollmächtigten zugestellt werden, die beide ebenfalls zur Ausstellung des die Zustellung beweisenden Empfangsbekenntnisses berechtigt sind (vgl. auch § 18 R.A.O.)

Daraus, daß es im Belieben des empfangenden Anwalts steht, das zuzustellende Schriftstück zurückzuweisen, ergiebt sich auch, daß erst mit dessen Annahme die Zustellung vollendet ist. Denn weist er es zurück, so liegt keine Zustellung vor, und daß er es nicht zurückweist, also wirklich eine Zustellung zu Stande kommt, wird erst durch die Annahme entschieden. Da aber weiter der Anwalt über Annahme oder Nichtannahme sich nicht entschließen kann, bevor er nicht Kenntniß davon erlangt, daß ihm ein Schriftstück zugestellt werden soll, so ist auch vor dieser Kenntniß die Zustellung nicht vollendet. (Vgl. hierzu allenthalben Franke in Buschs Zeitschrift für Civilprozeß Bd. V, S. 381 flg.; Seufferts Archiv Bd. 38, S. 99 flg., Bd. 44, S. 95 flg., E.R.G. VIII, S. 331 flg.; Seuffert, Commentar z. C.P.O. 6. Aufl. S. 181.)

Im vorliegenden Falle hat nun unbestritten der Anwalt des Klägers erst am 29. April 1897 erfahren, daß am 28. April 1897 der zuzustellende Einspruchsschriftsatz auf seiner Expedition abgegeben worden sei, und erst am 29. April sich für die Annahme dieses Schriftstücks entschieden. Es ist also dessen Zustellung erst am 29. April erfolgt. Daß das Empfangsbekenntniß, das thatsächlich aber auch erst am 29. April ausgestellt worden ist, auf den 28. April lautet, ist für die Frage, wann zugestellt worden ist, unwesentlich. Denn das Empfangsbekenntniß bestimmt nicht den Zeitpunkt der Zustellung. Der Anwalt

ist verpflichtet, den richtigen Zeitpunkt zu bekunden, in den die Zustellung fällt. Zum mindesten muß dies für eine Zustellung gelten, von der, wie im vorliegenden Fall, der Lauf einer Nothfrist beginnt, deren Einhaltung von Amtswegen zu berücksichtigen ist und die die Parteien weder verlängern noch abkürzen dürfen — §§ 202, 304, 306 der C.P.O. — (Vergl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd VIII S. 333 flg., XV S. 374 flg.).

Da nun das Versäumnißurtheil gegen das der Einspruch sich richtet, bereits am 14. April 1897 richtig zugestellt worden ist, so ist die am 29. April 1897 erfolgte Zustellung des Einspruchs nach § 304 der C.P.O. verspätet. Dieser war daher nach § 306 der C.P.O. als unzulässig zu verwerfen.

Anfechtung, Ersatz des Werthes im Falle der Weiterveräußerung des Anfechtungsgegenstandes Seitens des Beklagten. § 7 Abs. 1 des Reichsges. vom 21. Juli 1879, § 240 der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 1. April 1897. O. I. 181/96.

Der Sachstand ergiebt sich aus den nachstehenden Entscheidungsgründen.

Mit der am 19. Oktober 1895 zugestellten Klage ficht der Kläger den Vertrag an, vermittelst dessen der Milchhändler Th. das ihm gehörige, am 7. Juni 1894 vom Kläger für 750 ℳ gekaufte Milch- und Buttergeschäft im September 1894 seiner Schwester, der Beklagten, überlassen hat. Der Kläger behauptet, die Ueberlassung sei unentgeltlich und in der, der Beklagten bekannten Absicht geschehen, seine Gläubiger und insbesondere ihn, den Kläger, zu benachtheiligen. Die Beklagte bestreitet dies und macht geltend, sie habe das Geschäft für 325 ℳ oder, wie sie später angegeben, für 350 ℳ von ihrem Bruder gekauft. Im Berufungsverfahren hat der Kläger die behauptete Unentgeltlichkeit der Ueberlassung des Geschäfts nicht weiter aufrecht erhalten.

Die vorige Instanz hat die in § 2 in Verbindung mit § 3 unter 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 geordneten Voraussetzungen der Anfechtungsklage als erwiesen angesehen.*) Dem war beizupflichten.

In gegenwärtiger Instanz hat sich die Sachlage insofern geändert, als die Beklagte das in Rede stehende Milch- und Buttergeschäft während des Verlaufs des Rechtsstreites weiter veräußert hat, so daß die Hülfe darin nicht mehr vollstreckt werden kann.

Nach § 7 Abs. 1 des Anfechtungsgesetzes hat der Anfechtungsgegner dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggeben oder aufgegeben worden ist, als noch zu demselben gehörig

*) Die Entscheidung lautete: Die Beklagte wird verurtheilt, wegen der dem Kläger zustehenden Forderung von 503 ℳ 75 ₰. die Zwangsvollstreckung in das ihr gehörige Milch- und Buttergeschäft in Dresden N.straße Nr. 15 geschehen zu lassen.

zurückzugewähren, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Kann die Zurückgewährung nicht in Natur erfolgen oder auch die Hülfe in die den Gegenstand des anfechtbaren Rechtsgeschäftes bildenden Sachen nicht vollstreckt werden, so hat an die Stelle der Zurückgewährung der weggegebenen Sachen und bez. an die Stelle der Zwangsvollstreckung in letztere der Ersatz des Werthes zu treten,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 30 S. 85 und die daselbst S. 89 angezogenen Entscheidungen.

Dieser Fall liegt gegenwärtig vor. Infolge der Veräußerung des Milchgeschäftes Seiten der Beklagten im Verlaufe des Rechtsstreites kann deren Verurtheilung nicht mehr dahin gehen, die Zwangsvollstreckung in das gedachte Geschäft zum Zwecke der Befriedigung des Klägers wegen seiner Ansprüche an den Bruder der Beklagten geschehen zu lassen, sondern es kann diese nur noch verurtheilt werden, an den Kläger den Werth des Milch- und Buttergeschäftes, soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist, zu zahlen. Dem entspricht der Antrag, den der Kläger mit der Anschlußberufung gestellt hat. Dieser Antrag enthält keine Aenderung des Klaggrundes im Sinne von § 240 der C.P.O. Es handelt sich nach wie vor um das Recht des Klägers, zu seiner Befriedigung wegen seiner Ansprüche an den Bruder der Beklagten diesem gegenüber das Rechtsgeschäft anzufechten, durch welches jener sein dem Zugriffe des Klägers zugängig gewesenes Vermögen an die Beklagte veräußert hat. Vielmehr liegt nur eine nach § 240 Ziffer 2 und 3 in Verbindung mit § 485 der C.P.O. zulässige Erweiterung und bez. Aenderung des Klagantrags vor.

Es wird sodann auf Grund der Beweisergebnisse festgestellt, daß das Milch- und Buttergeschäft zu der Zeit, als es die Beklagte weiter verkauft hat, in demselben Zustande sich befunden, in dem sie es von ihrem Bruder erworben, und den dafür vereinbarten Kaufpreis von 500 ℳ werth gewesen ist. Diesen Werth hat die Beklagte nach dem oben Ausgeführten dem Kläger zu erstatten. Sie war deshalb zu verurtheilen, diesem 500 ℳ zu zahlen. Zinsen des Verzugs zu 5 vom Hundert konnten dem Kläger erst seit dem Tage zugebilligt werden, an dem er mit der Anschlußberufung den auf *Zahlung* gerichteten Antrag gestellt hat, da die Beklagte diesem Verlangen gegenüber erst zu der angegebenen Zeit in Verzug gerathen ist.

Etwas Mehreres würde der Kläger annehmbar auch nicht erreicht haben, wenn infolge der in erster Instanz verfügten Verurtheilung der Beklagten zu seinen Gunsten die Hülfe in deren Milch- und Buttergeschäft vollstreckt worden wäre. Der Kläger hat sich deshalb mit dem von ihm in erster Instanz gestellten, hierauf gerichteten Antrag keiner Zuvielforderung schuldig gemacht.

Wie hiernach sich die Sache in jetziger Instanz gestaltet hat, bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob die in erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung nicht insofern Anlaß zu Bedenken biete, als darnach die Hülfe in das Milch- und

Buttergeschäft der Beklagten vollstreckt werden sollte, ohne daß die einzelnen Gegenstände, welche die Beklagte von ihrem Bruder gekauft hat und die zu diesem Geschäft gehört haben sollen, näher bezeichnet worden sind.

Werth des Streitgegenstandes bei einer Klage, die auf Abnahme der verkauften Waare und Bezahlung des Kaufpreises gerichtet ist.

R.G. I. Civ.S. Urth. v. 5. Dezember 1896. I. 246/96.

Der Kläger hatte zwei Klagen erhoben, welche von dem Prozeßgericht, Landgericht zu Cottbus, zur gemeinschaftlichen Verhandlung verbunden wurden. In der für die Revision allein in Betracht kommenden Klage beantragte er Verurtheilung des Beklagten,

1. die bei dem Spediteur B. lagernden 9850 Kilo Futterkleie unter Erstattung der darauf haftenden Lagerspesen, Speditionskosten und Wagenmiethe abzunehmen,
2. dem Kläger die Summe von 1098 ℳ 30 ₰. (den Kaufpreis für vorstehende 9850 Kilo) zu zahlen.

Der Kläger, der gegen das Urtheil des Berufungsgerichts Revision eingelegt hatte, suchte die Revisionssumme dadurch nachzuweisen, daß er eine Berechnung des Spediteurs B. über die durch Anfuhr und Lagerung erwachsenen Kosten mit zusammen 650 ℳ vorlegte. Er wollte diesen Geldbetrag zu dem geforderten Kaufpreise von 1098 ℳ 30 ₰. zugezählt wissen, um danach den Beschwerdewerth zu berechnen. Die Revision wurde als unzulässig verworfen aus den nachstehenden Gründen:

Der Streitwerth beläuft sich, soweit nur die Zahlung des Kaufpreises und die Abnahme der verkauften Waare an sich in Frage kommt, auf nicht mehr als 1098 ℳ 30 ₰. Denn wenn in einem Prozesse Ansprüche auf Erfüllung erhoben werden, sowohl in Bezug auf die Waare als in Bezug auf Zahlung des Kaufpreises, so verdoppelt sich nicht der Streitwerth. Wenn der Käufer, auf Zahlung des Kaufpreises verklagt, widerklagend Uebergabe der Waare fordert, so ist der Streitwerth nicht höher als wenn der Käufer, nachdem er den Kaufpreis bezahlt hat, auf Uebergabe klagt. Der Werth des ganzen Rechtsverhältnisses, welches nach zwei Seiten hin wirksam ist, ist abzuschätzen, also eben deswegen nicht doppelt. — Vergl. B. III. 6/87 vom 18. Januar 1887 bei Bolze Praxis Band 4 Nr. 1074. — Wenn der Käufer Auflassung des Grundstücks fordert, so ist nach feststehender Praxis des Reichsgerichts, das Grundstück mag sich noch im Besitze des Verkäufers befinden oder bereits übergeben sein, der Kaufpreis mag gezahlt sein oder noch verschuldet werden, der Streitwerth gleich dem Werth des Grundstücks. — Vergl. die Beschlüsse des fünften Civilsenats bei Bolze Bd. 3 Nr. 1025, Bd. 7 Nr. 837, Bd. 10 Nr. 703. —

Der Streitwerth kann niedriger sein, wenn der Verkäufer Entgegennahme

der Auflassung fordert — Bolze, Bd. 9 Nr. 644b —. Streiten aber beide Theile darüber, wer sich im Verzuge befinde und was als Gegenleistung zu gewähren sei, und klagt der Käufer auf Ertheilung, Verkäufer in der Widerklage auf Entgegennahme der Auflassung, so kann nicht das Interesse des Verkäufers an dieser Entgegennahme der Auflassung für sich abgeschätzt werden, damit der so ermittelte Geldbetrag dem Werth des Grundstücks zugezählt werde, vielmehr wird der Zahlenwerth jenes Interesses gedeckt durch den höheren Grundstückswerth. Darf man davon ausgehen, daß der Grundstückswerth nicht höher ist als der verabredete Kaufpreis, und der Käufer fordert Auflassung, der Verkäufer Entgegennahme der Auflassung und Zahlung des Kaufpreises in der Widerklage, so kann folgeweise der Werth des Streitgegenstandes nicht höher bemessen werden als die Kaufpreissumme, welche hier gleich ist dem Werth des Grundstücks. Klagt also der Verkäufer auf Entgegennahme der Auflassung gegen Zahlung des Kaufpreises, so ist der Streitwerth auch nur gleich dem Kaufpreise. So wurde beschlossen zu B V 120/88 vom 15. Dezember 1888 bei Bolze, Bd. 7 Nr. 829. Der Fall liegt ebenso, wenn der Verkäufer auf Zahlung des Preises und Entgegennahme der Auflassung, oder wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache, wie hier, auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Waare klagt.

Wird aber der Hauptanspruch auf Abnahme der Waare gedeckt durch den Betrag des Kaufpreises, so ist ein accessorischer Schadensanspruch, den der Verkäufer erhebt, weil der Käufer sich mit der Abnahme im Verzuge befinde, nach § 4 der C.P.O. nicht neben dem Hauptanspruch abzuschätzen. Und diese Bedeutung hat der von dem Kläger erhobene Anspruch auf Erstattung der auf der abzunehmenden Waare haftenden Lagerspesen, Speditionskosten und Wagenmiethe. Denn wurde der Anspruch auf Abnahme abgewiesen, weil er nicht für begründet erachtet werden konnte, so war dieser Schadensersatzanspruch abzuweisen, weil er von dem Anspruch auf Abnahme abhängig war.

Hiernach ist die Revisionssumme — § 508 der C.P.O. — nicht vorhanden.

Mittheilungen aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Auslegung fremdländischer Urkunden. Vom Berufungsrichter ist mit Recht angenommen, daß der Beklagte unrechtmäßiger Weise vom Vertrage zurückgetreten ist; es fragt sich weiter, ob und in wie weit der von den Klägern geforderte Schadensersatz seinem Betrage nach durch die Klausel: Indemnity for non — performance of this agreement the estimated amount of freight gerechtfertigt wird. In dieser Beziehung hatte das Landgericht unter Bezugnahme auf den in den Entsch. des Reichsgerichts Bd. 19 S. 34 mitgetheilten Rechtsfall angenommen, daß es dieser Klausel nach englischer Auffassung an jeder Bedeutung fehle, und es hatte den Klägern daher nur soviel als Ersatz zugesprochen, wie viel

an Schaden dem Gerichte nachgewiesen erschien. Das Berufungsgericht dagegen hat den Klägern die volle, ihnen entgangene Fracht zugesprochen, indem es erwägt, daß es an einem genügenden Grunde fehle, für die Auslegung der Klausel auf die englische Rechtsauffassung zurückzugehen; nach deutschem Rechte aber unterliege die Wirksamkeit der Klausel keinem Bedenken. Diese Begründung kann nicht für richtig erachtet werden. Allerdings darf davon ausgegangen werden, daß die Verpflichtungen des Beklagten, da der Vertrag für ihn in Warnemünde zu erfüllen war, nach deutschem Rechte zu beurtheilen sind. Für die Auslegung des schriftlichen Frachtvertrages aber, um die es sich in dieser Frage handelt, läßt sich ein weiterer Satz als der des Art. 278 des H.G.B.'s, daß der Richter den Willen der Kontrahenten erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften soll aus dem deutschen Rechte nicht gewinnen. Gerade dieser Satz aber nöthigt dazu, für die Ermittelung der Bedeutung und Tragweite der einzelnen Klauseln der Chartepartie auf englische Rechtsauffassungen zurückzugehen. Der Berufungsrichter verkennt, daß das hier benutzte Formular durchweg von der dem englischen Rechte eigenthümlichen Auffassung des Seefrachtgeschäfts getragen ist. Handelte es sich bloß um die Uebersetzung eines von deutschen Rechtsgedanken und deutscher Rechtsauffassung zeugenden Kontrakts, so würde auf die Wahl der Sprache allerdings kein Gewicht zu legen sein. Das ist aber offensichtlich nicht der Fall. Denn außer der hier in Rede stehenden dem englischen Geschäftsverkehre eigenthümlichen Klausel enthält der Vertrag auch in seinen andern Theilen Bestimmungen, die in englischen Chartepartien allgemein üblich sind, die in einer gewissen, seit langer Zeit herkömmlichen Form ausgedrückt werden und mit denen man in England im Geschäftsverkehre und in der Rechtspflege einen bestimmten, keineswegs immer schon aus dem bloßen Wortlaute abzuleitenden Sinne verknüpft rc.

Es kann nicht angehen, den Sinn dieser Klauseln einfach durch eine Uebersetzung ins Deutsche ermitteln zu wollen. Vielmehr muß angenommen werden, daß, wenn sich die Parteien derartiger, im englischen Seefrachtverkehre allgemein eingebürgerter Wendungen bedienen, sie damit auch den Sinn verbinden wollen, der diesen Klauseln in England beigemessen wird. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß die Charter im Interesse einer englischen Rhederei proponirt und so abgeschlossen ist, wie sie vorliegt, und daß sie sich auf ein englisches Schiff und eine in England endigende Reise bezieht. Dem gegenüber kann es nicht entscheidend in Betracht kommen (worauf das Oberlandesgericht Gewicht legt), daß die Charter in Hamburg durch einen Hamburgischen Schiffsmakler mit einem Deutschen Hause zum Abschlusse gebracht, und daß dabei ein Druckformular benutzt ist, das dieser Makler dauernd in seinem Geschäftsverkehre mit den Beklagten verwendet. Wäre es also richtig, daß der hier fraglichen Klausel nach der ihr in England allgemein beigelegten Bedeutung eine besondere Wirksamkeit nicht zustand, der vertragstreue Theil vielmehr allemal die Schäden, deren Ersatz er fordern will, trotz der Klausel besonders liquidiren muß, so kann die Klausel auch nicht dadurch die Bedeutung

einer nach Deutschem Rechte zu beurtheilenden Konventionalstrafe gewinnen, daß der Vertrag in Hamburg zwischen einem deutschen Schiffsmakler und einem deutschen Kaufmanne zum Abschlusse gekommen ist. rc. U. v. 22. 5. 97. I. 451/96.

2. Delcredere-Vertrag. Die Klägerin hatte gegen die Firma B. & M. in Bremen eine Forderung von 2133 ℳ 50 ₰. und dafür von dieser ein am 1. Februar 1895 ausgestelltes und am 1. Juni 1895 fälliges Accept erhalten. Am 4. April 1895 übernahm die beklagte Firma mündlich an der Börse gegenüber der Klägerin gegen $^3/_4$ % Provision das Delcredere für die Forderung. Am 18. April 1895 wurde über das Vermögen von B. & M. Konkurs eröffnet.

Die Beklagte schützte, als sie aus dem Vertrage in Anspruch genommen wurde, vor, die Klägerin habe bei dessen Abschluß gewußt, daß die Firma B. & M. zahlungsunfähig sei, und dies arglistig verschwiegen. Ueber den Einwand wurde vom Reichsgericht Folgendes bemerkt: Das Berufungsgericht geht davon aus, daß von den Parteien der zwischen ihnen abgeschlossene Vertrag wie eine Versicherung gegen Prämie behandelt werde, und daß diese Auffassung des Delcrederevertrages in dem Falle auch zutreffend sei, wenn, wie hier das Delcredere für den richtigen Eingang einer Forderung gegen Provision von Jemandem übernommen werde, der zu dem Hauptgeschäft in keiner sonstigen Beziehung stehe. Dem ist beizupflichten, und mit Recht hat daraus das Berufungsgericht gefolgert, daß ein derartiger Delcrederevertrag in Bezug auf die Anzeigepflicht desjenigen, dem gegenüber das Delcredere übernommen werde, ähnlich zu beurtheilen sei, wie ein Versicherungsvertrag, und die Verpflichtung zur Wahrung von Treu und Glauben es daher erfordere, die Wissenschaft von solchen Umständen nicht vorzuenthalten, die für die Beurtheilung der zu übernehmenden Gefahr erheblich sind, sofern sie nicht als allgemein bekannt oder als selbstverständlich vorausgesetzt werden dürften. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich aber hieraus, daß der Vertreter der Klägerin nicht nur dann gegen Treu und Glauben handelte, wenn er wußte und verschwieg, daß die Firma B. & M. ihre Zahlungen eingestellt hatte, oder zahlungsunfähig war oder sich in Zahlungsschwierigkeiten befand, sondern auch schon dann, wenn er ihm bekannte besondere Umstände, die begründete Zweifel in diesen Richtungen oder überhaupt an der Sicherheit der Forderung zu erregen geeignet waren, und von denen er nicht annehmen konnte, daß sie auch der Beklagten bekannt seien, dieser verschwieg. U. v. 19. 5. 97. I. 17/97.

3. Pflicht des Kommissionärs bei Börsentermingeschäften zur Glattstellung. Der Kläger stand mit der beklagten Gesellschaft in Geschäftsverbindung, indem er ihr Aufträge zum An- und Verkauf von Börsenpapieren ertheilte. Die Beklagte führte die Aufträge als Selbstkontrahentin aus. Im August und Sept. 1895 hatte der Kläger größere Posten Kanada-Aktien und Harpener per ultimo Oktober gegen Vorprämie gekauft. Zur Glattstellung dieser beiden Geschäfte ertheilte er am 9. Oktober vormittags der Beklagten den Auftrag, die gleichen Quan-

titäten Kanada und Harpener (die inzwischen im Kurse erheblich gestiegen waren) zu verkaufen. Die Beklagte führt diesen Auftrag nicht aus, zeigte dem Kläger vielmehr am Nachmittage des 9. Oktober brieflich an, daß sie die Annahme seiner Ordres bis auf weiteres sistirt hätte. Sodann hat sie am 19. Oktober unter Berufung auf ihre Geschäftsbedingungen mitgetheilt, daß sie von dem entrirten Engagement zurücktrete. Der Kläger machte die Beklagte für die Nichtausführung der Verkaufs-Order verantwortlich. Das Reichsgericht sprach aus: Die Unterstellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den ihr ertheilten Verkaufsauftrag des Klägers entweder sogleich ausführen oder sogleich hätte ablehnen müssen, ist der Beklagten noch zu günstig. Vielmehr muß nach dem festgestellten Sachverhältnisse davon ausgegangen werden, daß die Beklagte den Verkaufsauftrag überhaupt nicht ablehnen durfte, ihn vielmehr, wenn sie sich dem Kläger nicht nach Art. 362 des H.G.B's ersatzpflichtig machen wollte, an der Börse des 9. Oktober ausführen mußte. Ein Kommissionär, der für einen Dritten einen Auftrag zur Ausführung eines Börsen-Termingeschäftes übernommen hat, wird im Zweifel immer als verpflichtet anzusehen sein, demnächst die Order des Kommittenten zum Abschlusse eines Gegengeschäftes, das die Spekulation beenden soll, auszuführen. (Vergl. Weber's Bericht über die Börsenenquete in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 44 S. 58). Nach der Gestaltung des Börsentermingeschäftes muß angenommen werden, daß der Abschluß eines entsprechenden Gegengeschäftes von vornherein innerhalb der Absichten des Kommittenten liegt. Die Uebernahme eines Auftrages zum Abschlusse eines Spekulationsgeschäfts schließt daher in der Regel auch die stillschweigende Bereiterklärung ein, daß der Kommittent auch für das Realisationsgeschäft über die Dienste des Kommissionärs verfügen kann. Jedenfalls aber — und mehr auszusprechen, ist für den vorliegenden Fall nicht erforderlich — liegt eine unbedingte Verpflichtung zur Uebernahme der Realisationsorder dann vor, wenn ihre Ausführung weder eine Erhöhung des dem Kommittenten eingeräumten Kredits bedingt, noch sonst die Lage des Kommissionärs irgendwie verschlechtern kann. So aber liegt die Sache hier, wo die Ausführung des Auftrages den bisherigen Schuld-Saldo des Klägers in ein größeres Guthaben zu seinen Gunsten verwandelt hätte. Aus dem Gesagten folgt nicht, daß der Kommissionär während schwebender Engagements seine Beziehungen zum Kommittenten niemals lösen könnte. Ob dies für zulässig zu erachten wäre, wenn es in einem Augenblicke geschieht, wo Aufträge des Kommittenten nicht vorliegen, kann hier dahingestellt bleiben. Unzulässig ist jedenfalls — und darauf kommt es hier an — eine so gestaltete Realisations-Order des Kommittenten anstatt sie auszuführen mit dem Abbruche der Geschäftsbeziehungen zu beantworten. U. v. 14. 7. 97. I. 103/97.

4. Vorzeitige Lösung des Vertragsverhältnisses mit einem Agenten. Der Kläger, ein Margarinefabrikant, hatte dem Beklagten im September 1893 auf fünf Jahre seine Generalvertretung für bestimmte Bezirke gegen

Provision von allen direkten und indirekten Verkäufen übertragen; für etwaige Ausfälle und Verluste sollte der Beklagte nicht verantwortlich sein. Am 1. August 1894 entzog der Kläger ohne Kündigung die Vertretung dem Beklagten, er machte gegenüber der von diesem wegen der vorzeitigen Lösung des Vertrags widerklagweise erhobenen Schädenforderung geltend, daß er bei den vom Beklagten vermittelten Geschäften bei einem Umsatze von ca. 70000 ℳ mindestens 6000 ℳ eingebüßt habe. Das Berufungsgericht entnahm daraus, daß diese Verluste entstanden waren, daß der Beklagte bei der Kreditgewährung nicht mit der ihm obliegenden Sorgfalt und Umsicht verfahren, und dem Kläger die Fortsetzung des Verhältnisses mit dem Beklagten nicht zuzumuthen sei. Das Reichsgericht bestätigte: Darauf, daß der Beklagte nach dem Vertrage, für Ausfälle und Verluste nicht verantwortlich gemacht werden sollte, ist für die vorliegend zu entscheidende Frage ebenso wenig Gewicht zu legen, wie darauf, ob diese Bestimmung in den Vertrag aufgenommen ist, nachdem der Beklagte dem Kläger erklärt hatte, daß er in der Branche noch nicht gearbeitet habe und deshalb mit der Lage des Geschäfts und den Interessenten nicht bekannt sei. Verantwortlich wird der Beklagte für die Verluste nicht gemacht. In Frage steht nur, ob der Geschäftsherr, der sich vertragsmäßig auf Jahre gegen den Handlungsagenten bindet, berechtigt ist, dies Vertragsverhältniß vorzeitig zu lösen, wenn ihm die Vertretung durch den Agenten ruinöse Verluste bringt, die auf das Verhalten des Agenten zurückzuführen sind, und ob er dazu berechtigt ist, auch wenn ihm bekannt war, daß der Agent mit dem Geschäft und den Interessenten nicht vertraut sei. Das ist mit dem Berufungsrichter ohne Bedenken zu bejahen. Durch das Gutachten der von dem Berufungsrichter vernommenen Sachverständigen ist festgestellt, daß der Fabrikant von Margarine durchschnittlich mit einem Verdienst von 3—4 Prozent, der Großhändler mit einem Verdienst von 4—6 Prozent arbeitet. Daß die Klägerin als Fabrikant ruinirt wird, wenn sie in 10 ½ Monaten bei ca. 70000 ℳ Umsatz einen Verlust von 8 Prozent hat, ist klar ꝛc. Resultirt der Verlust lediglich aus der Insolvenz der durch den Agenten zugeführten Kunden, so erscheint die Annahme begründet, daß der Agent entweder grob fahrlässig, oder leichtsinnig kreditirt hat. Selbst wenn der Agent ungeschickt oder aus mangelnder Geschäfts- und Personalkenntniß gehandelt hat, ist dem Geschäftsherrn die Beibehaltung des Agenten nicht zuzumuthen, auch wenn er mit dessen mangelnder Geschäfts- und Personalkenntniß hat rechnen müssen. Nach dem Gutachten des W. spricht alles dafür, daß der Beklagte nicht nur ungeschickt und ohne Erfahrung, sondern auch leichtfertig gehandelt hat. U. v. 22. 5. 97. I. 67/97.

5. Konventionalstrafe. Die subjektiven Voraussetzungen für die geforderte Konventionalstrafe sind einwandsfrei festgestellt. Allerdings erfordert die Vereinbarung auch im Geltungsbereich des Allgem. Landrechts (vergl. § 305 Th. I Tit. 5) ein Verschulden. Liegt indeß objektiv ein Zuwiderhandeln gegen ein unter Strafe gestelltes Verbot vor, so kann zwar ein Verschulden ausgeschlossen

sein, wenn der Verpflichtete die Umstände, in Folge deren die Zuwiderhandlung erfolgte, nicht zu vertreten hat; dagegen ist irrige Ansicht über den Inhalt einer Vertragsbestimmung nicht geeignet, ein Zuwiderhandeln gegen diese zu entschuldigen (vergl. Bolze, Praxis, Bd. 4 Nr. 597 Bd. 13 Nr. 338, Bd. 20 Nr. 369). Im vorliegenden Falle sind die Handlungen, in denen die Vertragsverletzung zu finden ist, nur solche des Beklagten selbst, der sich zu seiner Rechtfertigung lediglich darauf beruft, daß er, mit Anderen, sein Verfahren nach Inhalt des Vertrags für erlaubt gehalten habe. Dies ist jedoch von dem Berufungsgericht, auch abgesehen von den in dem angefochtenen Urtheil hiergegen ausgesprochenen Zweifeln, für unerheblich erachtet worden, und dem kann aus den obigen Gründen nur zugestimmt werden. U. v. 14. 7. 97. I. 106/97.

6. Konk.O. § 74. Rechtsirrthum des Konkursverwalters*). Durch die Bestimmung in § 74 der Konk.-Ord. ist bezüglich der vom Konkursverwalter zu vertretenden Sorgfalt einheitliches Recht für das Deutsche Reich geschaffen worden; nicht nur betreffs der Frage, welches Maß von Sorgfalt er bei Erfüllung seiner Obliegenheiten zu vertreten hat, sondern auch für die Frage, durch welche Umstände ein Verschulden begründet oder ausgeschlossen wird. Insoweit haben daher die gemein- oder partikularrechtlichen Vorschriften nicht zur Anwendung zu kommen, vielmehr ist die Frage nach einheitlichen, aus der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsprinzipien abzuleitenden Erwägungen zu beurtheilen; die gemein- und partikularrechtlichen Sondervorschriften kommen dabei nur insoweit in Betracht, als sie Bezeugungen der in Deutschland zur Herrschaft gelangten Rechtsanschauung sind, nicht als an sich maßgebende Rechtsnormen. Von diesem Standpunkte aus ist ein Irrthum des Konkursverwalters über zweifelhafte, in der Judikatur und Literatur nicht zum Austrag gebrachte Rechtsfragen unter Umständen nicht als Verschuldung im Sinne von § 74 der Konk.-O. anzusehen. U. v. 5. 7. 97. VI. 204. 97.

7. Für den Gerichtsstand aus § 22 C.P.O. kommen folgende von den Vorderrichtern ermittelten thatsächlichen Verhältnisse in Betracht: Ihre Einkäufe und Verkäufe besorgt die Beklagte von ihrer Handelsniederlassung in Berlin aus. Im Bezirke Prenzlau hat sie nur einen Bretterplatz und ein Sägewerk, wofür ihr die Kläger einen Platz in ihren Waldungen angewiesen haben. Dort werden die der Beklagten aus den Wäldern überwiesenen Hölzer zersägt und für den Versandt zurecht gemacht. Die Dispositionen erfolgen von Berlin aus. In unbedeutendem Umfange wird das geringe Bedürfniß der nächsten Nachbarschaft auch durch direkte Verkäufe vom Sägewerke aus befriedigt. Hiernach hat das Kammergericht mit Recht das Vorhandensein einer Niederlassung im Sinne des § 22 der C.P.O. verneint. Das Reichsgericht läßt es dahingestellt, ob mit dem

*) Das Urtheil mit der ausführlichen Begründung kommt in den Entsch. des Reichsger. in Civ.S. Bd. 39 zum Abdruck.

Kammergerichte auch darauf Gewicht zu legen ist, daß das Sägewerk keine dauernde Einrichtung ist, sondern insofern nur vorübergehenden Zwecken dient, als es in seinem Bestande von der Dauer des Vertrages zwischen den Parteien oder doch davon abhängt, ob sie sich für eine neue Nutzungsperiode wiederum einigen. Ein gewisses Maaß von Beständigkeit wird allerdings für den Fall des § 22 immer zu fordern sein, wie schon der Vergleich mit § 30 (Meß- und Marktsachen) lehrt. Es könnte nur fraglich erscheinen, ob dießes Maaß nicht durch die bauliche Anlage des Werkes selbst als beschafft zu gelten habe. Vergl. Wach, Civilprozeß S. 425. Dagegen fehlt zweifellos, wie das Kammergericht weiter mit Recht annimmt, das zu fordernde Moment der geschäftlichen Selbständigkeit des Etablissements. „Eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden", sagt das Gesetz. Damit ist nicht eine Geschäftsstelle gemeint, die in Ausnahmefällen und innerhalb eng gesteckter Grenzen auch einmal selbständig handeln kann, sondern eine solche, welche der Regel nach selbständig handelt. Das fehlt hier. Das Sägewerk ist ein bloßer Fabrikbetrieb, der seiner Zweckbestimmung nach nur der Vorbereitung für den Absatz der eingekauften Produkte dient, also einem internen Vorgange innerhalb des kaufmännischen Gewerbes der Beklagten. U. 24. 5. 97. I. 153. 97.

Literatur.

Besprechungen.

Deutsches Theaterrecht von Dr. jur Otto Opet, Privatdozent in Bern, Berlin 1897. Verlag von S. Calvary u. Co.

Die fortschreitende Rechtsausbildung veranlaßt ein immer tieferes Eingehen auf die Sonderrechte einzelner Stände. Eine solche Arbeit giebt das vorliegende umfangreiche Werk, das erste, welches sich in Deutschland mit einem Rechte befaßt, das im Auslande längst eine eigene Literatur aufzuweisen hat.

Das gesammte Rechtsgebiet wird in öffentliches und privates Theaterrecht eingetheilt, ersteres umfaßt das Theatergewerbe und die Sicherheitspolizei, letzteres das Bühnenengagement, den Theaterbesuch, das Aufführungsrecht und die Theateragenturverträge.

Die deutsche Gesetzgebung hat kein Empfinden für die hohen Aufgaben des Theaters als Volksbildungsanstalt an den Tag gelegt, die darauf hinweisende Geschichte der Theater ist unbeachtet geblieben, als man dasselbe, einer Sondergesetzgebung nicht für werth erachtend, der Gewerbeordnung unterstellte. Daß hiermit ein befriedigender Rechtsschutz nicht gegeben ist, zeigt sich, sobald das Theater vom Staate oder einer Gemeinde geleitet wird. Mit dem wesentlichen Erforderniß des Erwerbszwecks bleibt die Gewerbeordnung hier ebenso ausgeschlossen wie bei den an dem gleichen Mangel leidenden nicht gewerbs- noch berufsmäßig veranstalteten, nicht öffentlichen Aufführungen. Angemessener ist die in Frankreich entstandene besondere Theatergesetzgebung, welche z. B. noch in Elsaß-Lothringen gilt (Einf.-Ges. zur Gew.O. in E.-L.).

Die Gew.O. hat die Theater in 2 Klassen getheilt. 1) die stehenden Theater und

2.) die im Umherziehen veranstalteten Schaustellungen. Erstere werden allerdings nicht dem allgemeinen Begriffe des stehenden Gewerbes untergeordnet, der Sonderstellung wird durch Sonderbestimmungen Rechnung getragen, die neben der Konzessionspflicht die Gründe der etwaigen Konzessionsverweigerung enthalten. Damit ist ein Recht auf Konzessionsertheilung begründet; die Versagungsgründe hat Verfasser Seite 55—71 an der Hand der in- und ausländischen Rechtsprechung und Literatur erschöpfend erörtert. Die erst nach der Konzessionsertheilung hervortretenden Versagungsgründe rechtfertigen deren Zurücknahme.

Der Konzession der stehenden Theater setzt Verfasser das Privileg der Schaustellungen gegenüber. Mag auch der Charakter der Konzession dadurch nicht berührt werden, daß der Behörde in der Ertheilung oder Versagung die freie Wahl überlassen ist, so ist hier doch die Einführung des andern Ausdrucks als zweckmäßig zur Unterscheidung zu billigen, mögen auch die Ausführungen zu dem Begriff des Privilegs manchen Bedenken begegnen. Ein gemischtes System hat die Gewerbeordnung da eingeführt, wo sie neben der behördlichen Genehmigung der Aufführung außerdem eine solche des dazu benutzten Raumes verlangt.

Den Anhang dieses Abschnittes bildet die rechtliche Stellung der Theateragenten. Während jedoch hier ohne ersichtlichen Grund nur diejenigen erwähnt sind, welche sich mit der Vermittlung des Bühnenengagements befassen, behandelt der Schlußabsatz S. 448—461 als weitere Agenturverträge den Billetvorverkauf und den Abschluß der Aufführungsverträge mit dem Autor.

Die fortgesetzte polizeiliche Beaufsichtigung der Theater wird aus der Konzession einerseits, andererseits aus den allgemeinen Befugnissen der Wohlfahrts- und Sicherheitspolizei abgeleitet. Erstere begründet die Aufsicht insoweit, als es zur Feststellung des fortgesetzten Vorhandenseins der Konzessionsbedingungen erforderlich ist, letztere geben der Polizei das Recht, an Orten, wo größere Menschenansammlungen stattfinden, also auch in Theatern, die zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit gebotenen Maßregeln zu treffen. Diese umfassen die Sittenkontrole, in einzelnen Gesetzgebungen unterlagen früher auch die Leistungen in ihren künstlerischen Beziehungen, sowie die Vermögenslage des Unternehmers polizeilicher Prüfung. Einen Ueberrest dieses Prüfungsrechts hat die Gew.O. in Kraft erhalten, die Feststellung, ob bei Schaustellungen ein höheres Interesse der Kunst obwaltet. § 33a der Gew.O.

Von dieser „Kontrolpolizei" wird die „Sicherheitspolizei" unzutreffend als besonderer Abschnitt losgelöst. Die dem Verfasser überhaupt zum Vorwurf zu machende ungenügende Trennung des doppelten Theaterbegriffs 1) als Theatergebäude und 2) als Schauspielunternehmung hat hier eine Verschmelzung nicht zusammengehöriger Bestimmungen veranlaßt. Auf erstere haben die Bau- und Feuerpolizei, auf letztere die Theaterzensur Bezug. Die frühere und jetzige Bedeutung der Zensur veranlassen eine längere geschichtliche Entwicklung (S. 133 flg.) die zu dem vielfach bestrittenen, aber zutreffenden Satze führt, daß die Gewerbefreiheit (Gew.O. § 1) die Zensur nicht beseitigt hat, da die Gew.O. die allgemeinen polizeilichen, auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Befugnisse nicht schmälert, soweit sie diese nicht ausdrücklich zu beseitigen bestimmt ist (S. 151). In diesem auf Fälle mit gesetzlicher Grundlage beschränkten Umfange besteht demnach die Zensur noch fort.

Das II. Buch beginnt mit dem Bühnenengagement. Dem alten Streit, ob dieses eine Dienstmiethe oder ein Werkverding sei, sucht Opet damit zu begegnen, daß er es als „Innominatkontrakt des modernen Rechts" bezeichnet (S. 165). Damit ist aber eine Lösung der Frage nicht gegeben, welche Rechtssätze sollen dann maßgebend sein? Das Bühnenengagement kann sowohl Dienstmiethe als Werkverding sein, die Entscheidung richtet sich nach den Verhältnissen des Einzelfalls, Dienstmiethe liegt vor bei Annahme eines Schauspielers zur Mitwirkung während einer ganzen Spielsaison in allen ihm zuzuweisenden Rollen, Werkverding ist die Uebernahme einer bestimmten Rolle für eine einzige oder einige wenige Vorstellungen.

Bei der weiteren Rechtsausführung kommt Verfasser S. 173 zu den Theaternamen deren rechtliche Bedeutung er treffend derjenigen einer Handelsmarke gleichachtet. Dieser Name hat allerdings mit dem Rechte eines Jeden auf Führung und Schutz seines Familien- und Vornamens nichts zu thun — § 12 des B.G.B.'s — und kann der Behörde gegenüber nicht zur Anwendung kommen.

Aus dem Inhalte des Engagementsvertrags verdienen neben den beiderseitigen Rechten und Pflichten die Rücktrittsgründe vom Vertrage besondere Beachtung. Die umfangreiche kritische Sammlung derselben (S. 174—202) dürfte alle vorkommenden Streitpunkte berührt haben.

Dieselben Schwierigkeiten wie bei der rechtlichen Beurtheilung des Bühnenengagements ergeben sich bei derjenigen des Theaterbesuchs. Mit Recht nimmt Verfasser hier Werkverding an. Andererseits kann ihm in seiner Auffassung des Theaterbillets nicht beigepflichtet werden; es ist nicht ersichtlich, warum nicht auch eine auf Namen lautende Eintrittskarte den allgemein angenommenen Charakter des Legitimationspapiers tragen soll. Wenig Anklang wird die Aufstellung finden, unter anderen Rechten habe der Besucher des Theaters auch ein solches auf Klatschen und Zischen. Ein Recht auf Störung der öffentlichen Ordnung oder auf Beleidigung — die das Zischen enthalten kann — dürfte wohl keine weitere Vertheidigung finden. Muß man auch bei Erscheinungen des öffentlichen Lebens eine öffentliche Kritik dulden, so darf diese doch nicht die Form einer Gesetzesverletzung annehmen (§ 193 des Str.G.B.'s). Verfasser hebt übrigens mit Recht hervor, daß das Privatleben der Schauspieler der öffentlichen kritischen Besprechung entzogen ist.

So unbestritten die staatlichen Theater verpflichtet sind, jedem darum Nachsuchenden, der sich den allgemeinen Anordnungen fügt, Eintrittskarten zu verkaufen und Zutritt zu gestatten, so bestritten ist die Frage bei Privattheatern. Eine befriedigende Lösung vermag der derzeitige Stand der Gesetzgebung nicht zu bieten, mit Opet muß man die Frage verneinen trotz des öffentlichen Charakters des Theaters. Die ausführliche Erörterung S. 253—268 schließt mit dem Wunsche der Einführung des Kontrahirungszwanges durch Erhebung aller Theater zu öffentlichen Anstalten.

Das Aufführungsrecht hat seine gesetzliche Regelung durch das Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken erhalten. Nach einer ausführlichen geschichtlichen Einleitung (S. 269—281) wird zunächst in sehr zutreffender Weise der Unterschied zwischen Aufführungs- und Vervielfältigungsrecht klargelegt. Die systematische Darstellung des in dem genannten Reichsgesetze enthaltenen Rechts mit seinen Streitfragen ist noch durch die eingehende Einbeziehung des ausländischen Rechts ergänzt. Das Hauptinteresse dieses Abschnitts nimmt die Verletzung des Aufführungsrechts in Anspruch. Da der Schutz nur öffentlichen und gegen öffentliche Aufführungen gewährt wird, erheischt der Begriff der Oeffentlichkeit hier besondere Beachtung (S. 384). Opet unterscheidet in 1) öffentliche Aufführungen ohne Erlaubniß und 2) öffentliche Aufführung des ganzen Werkes, wenn die Erlaubniß nur für einen Theil gegeben ist. Fraglich ist, ob eine unerlaubte Aufführung vorliegt, wenn das Werk für eine andere Bühne passend umgewandelt oder aber z. B. ein Drama als Operette neu bearbeitet ist: Adaptation. Die allgemeine Auffassung geht jetzt dahin, daß eine derartige Aenderung ein neues Werk schafft, das jedem Einfluß des früheren Autors entzogen ist. In gleicher Weise ist bei Dramatisirung eines Romans zu entscheiden. Die entgegengesetzte Ansicht vom Schutze des Gedankenbildes verdient immerhin volle Beachtung, zumal sie mehr als die andern den Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht zu werden geeignet ist. Der wesentliche Gegenstand eines Romans, Dramas u. s. w., eben dieses Gedankenbild, hängt mitunter mit dem im Urheberrecht zu schützenden Vermögensrechte so untrennbar zusammen,

daß dessen Wiedergabe in einer andern Form die Ableitung der Einnahmequelle auf letztere zur Folge hat.

Ein Anhang enthält Muster zu Theaterordnungen, Engagements- und Aufführungsverträgen. Daran schließen sich Sach- und Gesetzesregister.

Zweck des vorliegenden Werkes ist die Darstellung des geltenden Deutschen Theaterrechts; diesen Zweck hat Verfasser durch den 518 Seiten umfassenden Band vollkommen erreicht. Das Streben nach Vollständigkeit hat allerdings vielfach zu langwierigen Erörterungen Anlaß gegeben, die mehr eine Erzählung thatsächlicher Verhältnisse als streng rechtliche Ausführungen enthalten. In gleicher Weise hat die überaus eingehende Heranziehung des fremden Rechts gewirkt, die Anmerkungen am Fuße jeder Seite enthalten Verweisungen auf die Gesetzgebung und Literatur nahezu aller civilisirten Staaten der Welt.

W. Coermann, Amtsrichter. Bolchen (Lothringen).

Die Verschiedenheiten des neuen Deutschen vom geltenden Sächsischen Bürgerlichen Rechte. Zusammengestellt von Dr. phil. Hermann Otto, Landrichter. III. Theil, Familien- und Erbrecht, bearbeitet von Bernhard Nitsche, Amtsrichter. Dresden, Conrad Weiske's Buchhandlung (Georg Schmidt). 1897.

Das zum Theil aus Vorträgen des erstgenannten Verfassers hervorgegangene Werkchen stellt dem im Königreich Sachsen geltenden bürgerlichen Recht, soweit thunlich in Anlehnung an das System des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs, die wesentlichsten Vorschriften des künftigen Deutschen Rechts in gedrängter Kürze übersichtlich gegenüber und erstrebt damit die erste Einführung des sächsischen Praktikers in das neue Recht.

Diese Form der Darstellung kann im Hinblick auf die nahe Verwandtschaft beider Rechtssysteme im Allgemeinen als zulässig und für den erwähnten Zweck brauchbar bezeichnet werden; sie ermöglicht mit Zuhülfenahme des bereits Bekannten die schnelle Gewinnung eines ersten Ueberblicks über das noch unbekannte Neue und kann insofern selbst dem, der sich die tiefere Erfassung des künftigen Rechts zur Aufgabe stellt, noch mehr aber dem, dem es überhaupt nur um eine mehr flüchtige Kenntnißnahme zu thun ist, Dienste erweisen. Weitergehenden Ansprüchen zu genügen ist sie weder geeignet noch wohl auch bestimmt.

Landgerichtsdirektor Fuchs, Leipzig.

Abhandlungen.

Die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812—822 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches).

Von Landrichter Dr. Anger in Leipzig.

A. Allgemeine Grundsätze.

1. Bereicherung.

§ 1. Abweichend von dem Entwurfe 1. Lesung §§ 737 flg. stellt das Gesetzbuch an die Spitze des Abschnitts über die ungerechtfertigte Bereicherung folgenden Grundsatz:

„Wer auf Kosten eines Anderen Etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet" (§ 812 Abs. 1).

Der Gedanke, das allgemeine, die ganze Lehre beherrschende Prinzip voraus zu schicken, findet sich zuerst in dem Gegenentwurfe,[1] der den Berathungen der zweiten Kommission zu Grunde lag. Die Kommission eignete sich diesen Gedanken an, weil er systematisch und vom Standpunkte der Gesetzgebungstechnik aus den Vorzug verdiene, der ganze Abschnitt dadurch an Uebersichtlichkeit und Klarheit gewinne, und manichfache Verweisungen dadurch vermieden werden könnten.[2])

Worin das Erlangte bestehen müsse, sagt das Gesetzbuch nicht. Den Gegenstand einer Kondiktion kann Alles bilden, was als Vermögenswerth oder Vermögensbestandtheil angesehen werden kann, durch dessen Uebergang aus dem Vermögen des Einen in dasjenige des Anderen der Letztere bereichert wird.[3]) Als Beispiele der Bereicherung durch Vermögensvermehrung seien angeführt: Erwerb des Eigenthums (§§ 932—936), eines Rechts an fremder Sache (§ 1032, Nießbrauch; § 1207, Pfandrecht), sowie Erlangung des Besitzes (§ 851). Doch wird eine Bereicherung auch in dem Nichteintritte einer Vermögensminderung zu finden sein.[4]) Wenn aus der Thatsache, welche die Bereicherung vermittelt, dem Be-

---

[1]) S. 2955 flg. der autographirten Protokolle wörtlich mitgetheilt.

[2]) S. 2939 flg. der Protokolle.

[3]) Motive Bd. 2 S. 830 bei N. 3.

[4]) Windscheid, Pandekten, 7. Auflage Bd. 2 § 421 Ziffer 1 bei und in N. 9a—15. Schollmeyer bei Guttentag, Recht des D. B.G.B.'s in Einzeldarstellungen. Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 102.

reicherten zugleich ein Nachtheil erwächst, kann nur der Ueberschuß als wirkliche Bereicherung gelten.

Die Worte „auf Kosten" wurden von der Kommission an Stelle des im Gegenentwurfe enthaltenen Ausdrucks „aus dem Vermögen" gesetzt, weil dieser zu eng sei.[5]) Die ausgeschlagene Erbschaft erlange der nächstberufene Erbe nicht aus dem Vermögen, wohl aber auf Kosten des Ausschlagenden (§ 1953). Wenn von zwei mit Anwachsungsrecht eingesetzten Nacherben der Eine ausschlage, erwerbe der Andere die ganze Nacherbschaft nicht aus dem Vermögen, wohl aber auf Kosten des Ausschlagenden (§§ 2142 verb. mit 2094 Abs. 1 Satz 2). Hiernach ist klar, daß Jemand auf Kosten eines Anderen nicht nur dann bereichert ist, wenn durch den Inhalt der Bereicherung die Verminderung des fremden Vermögens von selbst gegeben ist, sondern auch, wenn die Bereicherung durch Mittel des fremden Vermögens, durch Gebrauch, Verbrauch, Hingabe, Belastung, und insbesondere durch Nichtvermehrung des fremden Vermögens bewirkt wird.[6])

Die Bereicherung kann auf einem Rechtsgeschäfte oder auf einer anderen Thatsache beruhen (§ 812 Abs. 1, verbis: „durch Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise"). Das Rechtsgeschäft braucht nicht zwischen dem Bereicherten und dem Benachtheiligten stattgefunden zu haben (§§ 816, 822).

2. Mangel des rechtlichen Grundes.

§ 2. Das Gesetzbuch giebt keine erschöpfende Aufzählung der einzelnen Kondiktionenfälle.[7]) Es hebt im Eingange des § 812 den auf rechtsgeschäftlichem Gebiete liegenden Hauptanwendungsfall der Leistung eines Anderen der Deutlichkeit halber hervor.[8]) Auch eine auf den Willen des Benachtheiligten beruhende Bereicherung kann des rechtlichen Grundes entbehren. Dies ist inbesondere der Fall:

a) wenn das Recht diesem Willen Anerkennung versagt.[9]) Ist danach die Willenserklärung selbst nichtig, so wird allerdings eine Bereicherung regelmäßig nur insofern vorliegen, als sie in der bloßen Bewirkung einer Thatsache liegt (z. B. Erlangung des Besitzes, § 854), oder der Empfänger das Erlangte der-

[5]) Protokolle, S. 2941 und S. 2943.

[6]) Motive Bd. 2 S. 851 bei N. 4, Windscheid § 421 Ziffer. 2.

[7]) Der Gegenentwurf hatte dies in § b versucht. Die Kommission lehnte es jedoch als im Rahmen eines Gesetzbuchs unmöglich ab. Protokolle S. 2935, 2955.

[8]) Abs. 2 des § 812 ist ein Zusatz der Redaktionskommission, dessen Inhalt S. 2965, 2991 der Protokolle als selbstverständlich bezeichnet wird.

[9]) So Windscheid § 423 Ziffer 1. Der erste Entwurf § 748 Abs. 1 nahm wie Sächs. G.B. § 1547, condictio sine causa im engeren Sinne an, wenn die Bereicherung nicht kraft rechtsgültigen — also kraft nichtigen — Willens des Benachtheiligten eintritt; siehe auch Motive Bd. 2 S. 853. Damit wird aber Zusammenhängendes getrennt; da in den Fällen des verwerflichen Empfanges (§ 817) die Bereicherung theils durch rechtsgültige, theils durch nichtige Willenserklärungen des Benachtheiligten vermittelt wird. Aus den Protokollen und aus dem Wortlaute des Gesetzes ergiebt sich zu dieser Frage nichts.

gestalt in seinem Nutzen verwendet, daß er gemäß § 818 Abs. 2 zum Werthersatze verpflichtet ist. In diesen Zusammenhang gehören insbesondere Willenserklärungen, die wegen mangelnder oder beschränkter Geschäftsfähigkeit nichtig sind (§§ 105 und 106, verb. mit §§ 1627 flg. ehelicher Vater, §§ 1684 flg. eheliche Mutter, §§ 1793 flg., 1896 flg. Vormund, §§ 1915 flg. Pfleger, §§ 1643, 1821 Vormundschaftsgericht), und Willenserklärungen, die mangels der vorgeschriebenen Form nichtig sind (z. B. § 518 Schenkungsversprechen, § 766 Bürgschaft, § 780 Schuldversprechen, § 2276 Erbvertrag). Neben diesen Fällen, in denen der Willenserklärung im Interesse des Benachtheiligten Anerkennung versagt wird, stehen andere, in denen das Gleiche aus Gründen der öffentlichen Ordnung geschieht: Verstoß gegen das Gesetz (§ 134) und gegen die guten Sitten (§ 138). Liegt dieser Verstoß in der Annahme einer Leistung durch den Empfänger, so ist condictio ob turpem causam gegeben (§ 817). Hierüber vergleiche man unten § 11.

b) wenn das Recht dem Urheber der Willenserklärung die Befugniß giebt, sie zu widerrufen, und er von dieser Befugniß Gebrauch macht. Beispiele: § 528.[10]) Widerruf einer Schenkung, weil der Schenker seinen standesmäßigen Unterhalt nicht mehr bestreiten und die ihm gegen Verwandte, Ehegatten, frühere Ehegatten gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht nicht mehr erfüllen kann, §§ 530 flg.[11]) Widerruf einer Schenkung wegen Undanks des Beschenkten.

c) wenn zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird, welche nicht besteht, condictio indebiti der §§ 813[12]) und 814. Hierüber vergleiche man unten § 7.

d) wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt,[13]) condictio causa data, causa non secuta der §§ 812 Abs. 1 Satz 2 zweite Hälfte und 815. Hierüber vergleiche man unten §§ 8 und 9.

---

[10]) Zusatz der Reichstagskommission, der auf §§ 1123 flg. Th. 1 Tit. 11 des allg. Preuß. Landrechts zurückzuführen ist (Sten. Ber. des Reichstags Session 95/6 Anlageband III Nr. 440 S. 1969).

[11]) Die Motive, Bd. 2 S. 847 in N. 1 und die Protokolle S. 1689 nehmen hier, abweichend von Windscheid § 423 Ziffer 2, condictio ob causam finitam an, weil die causa, welche in der Willenserklärung des Gebers liege, durch den gesetzlich gestatteten Widerruf sich erledigt habe. Gleiches müßte im Falle des § 528 gelten. In den eigentlichen Fällen der condictio ob causam finitam versteht man aber unter causa nicht die Willenserklärung, durch welche die Bereicherung vermittelt wird, sondern einen Thatumstand, welcher diese Willenserklärung verursacht, siehe unter e und § 10 a b.

[12]) Schollmeyer, S. 104 führt unter a § 813 Abs. 1 Satz 1 als selbständigen Kondiktionenfall auf. Der Satz besagt aber nur, daß es für die condictio indebiti gleichgültig ist, ob die Verpflichtung überhaupt nicht entstanden, oder wieder erloschen ist, oder ob ihr eine peremtorische Einrede entgegensteht. Motive Bd. 2 S. 832 bei N. 2.

[13]) Protokolle S. 2955.

e) wenn der rechtliche Grund der Leistung später wegfällt.[14]) condictio ob causam finitam des § 812 Abs. 1 Satz 2 erste Hälfte. Beispiel der Kommission: die Verfügung, welche der Vorerbe trifft, nachdem der Nacherbe die Erbschaft ausgeschlagen hatte, wird unwirksam, weil die Ausschlagung mit Erfolg angefochten wird (§§ 2142 verb. mit 1954 flg.). Auch die Erfüllung einer auflösend bedingten (§ 158 Abs. 2), oder mit einem Endtermine (§ 163) versehenen Verpflichtung kann hierher gerechnet werden.[15]) Im Uebrigen vergleiche man unten § 10.[16])

§ 3. Mit den Worten „oder in sonstiger Weise" gedenkt § 812 Abs. 1 insbesondere derjenigen Konditionenfälle, in welchen die Bereicherung ohne den Willen des Benachtheiligten eingetreten ist.

a) Die Bereicherung kann hiernach auf einer Rechtsveränderung beruhen, durch deren Inhalt die Benachtheiligung von selbst gegeben ist, und ausnahmsweise des rechtlichen Grundes entbehren, weil die Regel, nach der sie eintritt, nur die Rechts-, nicht auch die Vermögensveränderung rechtfertigt[17]) Hierher gehören: § 951 Eigenthumserwerb durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, § 977[18]) Eigenthumserwerb am Funde (NB! auch im Falle des § 976). Dagegen gehören nicht hierher: §§ 937 flg. und § 900 Eigenthumserwerb durch Ersitzung, weil nach dem Zwecke dieser Bestimmungen zugleich die Vermögensveränderung gerechtfertigt erscheint. Auch im Falle des § 964 (Eigenthumserwerb an Noth-, Hunger- oder Bettel-Schwärmen) findet kein Bereicherungsanspruch statt, weil Bienenschwärme der in diesem Paragraph erwähnten Art der Regel nach durch Vernachlässigung des bisherigen Eigenthümers veranlaßt werden und dem neuen Eigenthümer nicht selten Schaden zufügen.[19])

Namentlich aber gehören hierher die Bereicherungsansprüche, welche in den Vorschriften über Verfügungen Nichtberechtigter oder Leistungen an Nichtberechtigte ihren Grund haben (§ 816). Ueber diese vergleiche man unten §§ 12—17.

b) Von denjenigen Fällen, in welchen die Bereicherung des rechtlichen Grundes entbehrt, weil sich aus keiner besonderen Thatsache ein Recht darauf herleiten läßt,[20]) sind z. B. folgende zu erwähnen: §§ 993[21]), 988 Haftung des gutgläubigen Besitzers vor Eintritt der Rechtshängigkeit. Er hat regelmäßig

[14]) Protokolle S. 2956.

[15]) Motive, Bd. 1 S. 252 flg. Protokolle S. 361—4, S. 374.

[16]) Protokolle S. 3011—3017. Die Anwendungsfälle, welche auf prozessualem Gebiete liegen (C.P.O. §§ 274, 503, 563, 655, 686, 687), sollen durch besonderes Gesetz geregelt werden.

[17]) Windscheid, § 422 unter 2a.

[18]) Denkschrift (Guttentag'sche Ausgabe) S. 186.

[19]) Motive, Bd. 3 S. 374 Ziffer 5; dagegen Schollmeyer, S. 107.

[20]) Windscheid, § 422 unter 2b.

[21]) Sten. Ber. des Reichstags Session 95/6 Bd. IV S. 2001.

(§ 993) nicht die Nutzungen, sondern nur diejenigen Früchte (§ 99) herauszugeben, die er gegen die Regeln ordnungsmäßiger Wirthschaft zieht. Als Eigenbesitzer, oder wenn er besitzt, um ein ihm in Wirklichkeit nicht zustehendes Nutzungsrecht an der Sache auszuüben, hat er ausnahmsweise alle Nutzungen (§ 100), welche er zieht, herauszugeben, dafern er den Besitz unentgeltlich erlangt hat. §§ 682[22]) und 687 Haftung des Geschäftsführers, der geschäftsunfähig, oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Haftung desjenigen, der ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei. § 852 Abs. 2. Eine Bereicherung aus unerlaubter Handlung kann ohne den Willen des Benachtheiligten eintreten.[23]) In diesen Fällen haftet der Bereicherte nach Ablauf der dreijährigen Frist des § 852 Abs. 1 bis zum Ablaufe der ordentlichen Verjährung gemäß Abs. 2 dieses Paragraphen mit der condictio sine causa im engeren Sinne, und zwar nach Maßgabe der §§ 819 Abs. 1 verb. mit 818 Abs. 4 (siehe unten § 4). § 1973 Abs. 2 Satz 1[24]) Haftung des Erben auf Herausgabe des Ueberschusses an die durch Aufgebot ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger. § 2021[25]) Haftung des Erbschaftsbesitzers, der das Erlangte nicht in Natur herausgeben kann. § 2196 Haftung des Beschwerten, dem die Vollziehung der Auflage infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands unmöglich wird, auf Herausgabe des Theils der Zuwendung, der zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, zu Gunsten desjenigen, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu Statten kommen würde. Ein Fall, der im Uebrigen dem in § 527 erwähnten Falle der condictio causa data, causa non secuta entspricht (siehe unten § 9 unter f). §§ 2287[26]) und 2329[27]) Haftung desjenigen, welcher zum Nachtheile des Vertragserben, bez. des Pflichttheilsberechtigten beschenkt ist. Betreffs beider Fälle sagen die Protokolle, daß diesen Kondiktionen die Natur von Anfechtungsansprüchen im Sinne des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 zukomme. Da es sich um Schenkungen handelt (§ 3 Ziffer 3 des angezogenen Gesetzes), ist im ersteren Falle nicht erforderlich, daß dem Beschenkten die Benachtheiligungsabsicht bekannt sei. Im zweiten Falle wird nicht einmal erfordert, daß eine solche Absicht beim Erblasser bestanden habe.

3. Verpflichtung.

§ 4. a) Die Verpflichtung geht in erster Linie auf Herausgabe des Erlangten in Natur (§§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 1). Wenn die Bereicherung auf

---

22) Protokolle, S. 3034.

23) Sächs. G.B. § 1545. Die Fälle, in welchen die Bereicherung aus unerlaubter Handlung durch eine — wenn auch nichtige, anfechtbare, angefochtene — Willenserklärung des Benachtheiligten vermittelt ist, gehören unter § 2 a. c. o.

24) Denkschrift S. 270.

25) Denkschrift S. 274.

26) Protokolle S. 7277 flg.

27) Protokolle S. 7623 flg.

dem Willen des Benachtheiligten beruht (§ 2 a—e), ist also zurückzugeben, was geleistet worden war. Insbesondere ist das übertragene Eigenthum zurückzuverschaffen, oder das bestellte dingliche Recht zu beseitigen. Hervorzuheben sind aber die in § 816 behandelten Fälle (siehe § 3 a a. E.). Bei der Leistung an einen Nichtberechtigten (§ 816 Abs. 2) ist deren Gegenstand herauszugeben. Bei entgeltlichen Verfügungen des Nichtberechtigten (§ 816 Abs. 1 Satz 1) ist herauszugeben, was dieser als Gegenleistung erhielt; bei unentgeltlichen Verfügungen (§ 816 Abs. 1 Satz 2), was dem Dritten zugewendet wurde. In letzterem Falle tritt also z. B. an Stelle des dinglichen Anspruchs, der erloschen ist (§§ 892 flg., 932 flg.), ein persönlicher Anspruch auf denselben Gegenstand. Dafern durch die unentgeltliche Verfügung des Nichtberechtigten nur ein Vorrang des bestellten dinglichen Rechts vor anderen dinglichen Rechten begründet wird (z. B. §§ 1032 a. E. 1208, siehe unten § 16 unter b und c), ist der Anspruch gegen den Erwerber nur darauf gerichtet, daß er den Vorrang dem Rechte des Benachtheiligten gegenüber nicht geltend mache. Im Falle des § 822 gilt wegen des Bereicherungsanspruchs gegen den Erwerber dasselbe, wie im Falle des § 816 Absatz 1 Satz 2.

Bereicherung ist aber nicht blos die ursprüngliche Vermögensvermehrung, sondern auch dasjenige, was auf Grund derselben später erworben ist, insbesondere die Gegenleistung für Weiterveräußerung des ursprünglich erlangten Gegenstandes.[28]) Dem entspricht es, daß der Bereicherte auch Nutzungen herauszugeben hat, die er vor Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.[29]) Dagegen sind Nutzungen, die der Bereicherte hätte ziehen können, aber schuldhafter Weise nicht gezogen hat, nicht zu vergüten. Was unter Nutzungen zu verstehen sei, folgt aus §§ 99, 100. Weiter ist gemäß dem oben erwähnten Grundsatze herauszugeben, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechts, oder als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung, oder Entziehung des erlangten Gegenstands erwirbt.

Auf Werthersatz geht die Verpflichtung, wenn die Herausgabe in Natur wegen Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich, oder der Empfänger aus einem anderen Grunde dazu außer Stande ist (§ 818 Abs. 2). Beispiele: erster Fall: das Erlangte besteht in verbrauchbaren Sachen, die der Empfänger in seinen Nutzen verwendet (§ 92); zweiter Fall: Es liegt Verbindung, Vermischung, Verarbeitung vor (§§ 946 flg.). In den Fällen der §§ 528, 1973 Abs. 2 Satz 1, 2329 ist der Empfänger berechtigt, die Herausgabe in Natur durch Werthersatz abzuwenden.

---

[28]) Motive Bd. 2 S. 838 und Windscheid § 424 Ziffer 1 bei N. 2.

[29]) Die Protokolle S. 2992 flg. insbesondere S. 2995/6 verweisen hierzu, im Gegensatze zu § 740 Abs. 1 des Entwurfs I, auf die Analogie des Erbschaftsanspruchs. § 2020 gegen § 987. Im Sächs. G.B. § 1527 a. E. wird sowohl bezüglich der Nutzungen, als auch bezüglich der Verwendungen auf den Eigenthumsanspruch (§§ 308 flg., 312 flg.) verwiesen, was zum Theil zu abweichenden Ergebnissen führt.

Die Anspruchsbegründung setzt voraus, daß bei Eintritt der Rechtshängigkeit der Empfänger seiner ganzen Vermögenslage nach bereichert ist.[30] Dabei sind insbesondere sämmtliche auf das Erlangte gemachten Verwendungen zu berücksichtigen.[31] (Analogie aus § 2022 gegen §§ 994 flg.). Ist der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert, so ist jeder Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausgeschlossen (§ 818 Abs. 3). Ob der Empfänger den Wegfall der Bereicherung verschuldet hat, oder nicht, ist belanglos.[32]

b) Vom Eintritte der Rechtshängigkeit an[33] wird der Inhalt des Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung gesteigert: Der Empfänger haftet nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4):

Ist eine bestimmte Sache herauszugeben, so ist vom Eintritte der Rechtshängigkeit an der Schuldner für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht, oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnisse (z. B. unerlaubte Handlung) oder aus dem Verzuge des Schuldners ein Mehreres ergiebt (§§ 292, Abs. 1 verb. mit 989). Er haftet auch für diejenigen Nutzungen, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirthschaft ziehen kann, aber schuldhafterweise nicht zieht (§§ 292 Abs. 2 verb. 987). Er kann endlich blos die nothwendigen Verwendungen und zwar nur nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen, also, wenn weder die Voraussetzungen des § 683 vorliegen, noch Genehmigung ertheilt ist, blos, soweit der Benachtheiligte grundlos bereichert wurde. (§§ 292 Abs. 2 verb. mit §§ 994—996 und 682 flg.).

Eine Geldschuld ist seit der Rechtshängigkeit oder der später eingetretenen Fälligkeit mit mindestens 4 % zu verzinsen, wobei indeß Zinsen von Verzugszinsen nicht berechnet werden (§§ 291 verb. mit 288 Abs. 1 und 289 Satz 1).

c) Die gleiche Steigerung des Anspruchs findet schon vor Eintritt der Rechtshängigkeit statt:

1. wenn der Empfänger vom Mangel des rechtlichen Grundes Kenntniß erlangt, von dem Zeitpunkte an, in dem dies geschieht; also von Anfang an, wenn ihm der Mangel schon beim Empfange bekannt war (§ 819 Abs. 1). Kenntniß davon, daß dem Gegner der Mangel des Rechtsgrundes unbekannt ist, wird nicht erfordert;[34]

---

[30]) Protokolle, S. 2997/9.

[31]) Protokolle, S. 2997/9 siehe auch Note 2.

[32]) Protokolle, S. 2980 flg., anders Windscheid § 424 Ziffer 1 bei Note 8.

[33]) Denkschrift S. 136—8. Sächs. G.B. § 1528. verb. mit § 1527 unterscheidet, ob der Empfänger in redlichem Glauben war, oder nicht. Letzterenfalls haftet er nach den Vorschriften über Entwendung (§§ 1499, 1500).

[34]) Protokolle S. 2997 flg.; anders Entwurf I § 741 Abs. 2 § 744 und Motive Bd. 2 S. 840 flg. S. 846. Wird auch diese Kenntniß bewiesen, oder im Falle 3 die Kennt-

2. wenn der Empfänger durch Annahme einer Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 817);

3. wenn mit der Leistung ein Erfolg bezweckt war, dessen Eintritt nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, und der Erfolg nicht eintritt[34]) (§ 812 Abs. 1 Satz 2 zweite Hälfte und § 815);

4. wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde geschah, dessen Wegfall als möglich angesehen wurde, und der Rechtsgrund wegfällt (§ 812 Abs. 1 Satz 2 erste Hälfte);

und zwar in den Fällen 2—4 seit Empfang der Leistung (§§ 819 Abs. 2 und 820 Abs. 1).

Für die Fälle unter 3 und 4 begründet dies die Kommission mit der Erwägung, daß der Empfänger während des Schwebezustands auf die Nothwendigkeit gefaßt sein müsse, zurückzugeben, dafern der Rechtsgrund nicht eintritt oder wegfällt. Doch sind Zinsen erst seit der Kenntniß des Nichteintritts oder Wegfalls, und Nutzungen nur insoweit zu vergüten, als der Empfänger zu diesem Zeitpunkte noch bereichert ist (§ 820 Abs. 2).[35])

d) Der Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung kann durch Klage und Einrede geltend gemacht werden. Er verjährt in 30 Jahren (§§ 195 flg.). Doch soll die Erfüllung einer Verbindlichkeit, welche des Rechtsgrundes entbehrt, keinesfalls erzwungen werden. Deshalb wird dem Benachtheiligten das unverjährbare Recht beigelegt, die Erfüllung zu verweigern, auch wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist (§ 821).[36]) Solche Verbindlichkeiten können nicht ohne den Willen des Benachtheiligten begründet werden; die Bestimmung betrifft also nicht die in § 3 erwähnten Fälle.

4. Berechtigte und verpflichtete Personen.

§ 5. Berechtigt ist, auf wessen Kosten ein Anderer etwas erlangt hat. Im einzelnen: wer ohne Rechtsgrund etwas geleistet hat (§ 2) und wer ohne seinen Willen (§ 3), insbesondere durch Verfügung eines Nichtberechtigten, oder dadurch, daß ein Dritter an einen Nichtberechtigten leistet (§ 816), einen Rechtsverlust erlitten hat. Die unten §§ 7 flg. erwähnten Fälle ergeben, wer in ihnen als Berechtigter in Betracht kommt.

Verpflichtet ist, wer auf Kosten eines Anderen etwas erlangt hat. Im einzelnen: der Leistungsempfänger in den Fällen des § 2, der Bereicherte in den Fällen des § 3, und insbesondere der Nichtberechtigte, der mit Wirksamkeit gegen den Berechtigten entgeltlich verfügt, und der Nichtberechtigte, an den mit Wirk-

---

niß davon, daß dem Geber die Unmöglichkeit des Erfolgseintrittes unbekannt war, so haftet der Empfänger nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen (§§ 848 flg.). Zu vergleichen auch Windscheid § 425.

[35]) Protokolle, S. 3000 flg.

[36]) Protokolle S. 3006.

samkeit gegen den Berechtigten etwas geleistet wird (§ 816). Auch hier muß im Uebrigen auf die späteren Ausführungen §§ 7 flg. verwiesen werden. Verpflichtet ist aber im Falle des § 816 Abs. 1 Satz 2 nicht der Nichtberechtigte, welcher verfügt, sondern ein Dritter, wenn die Verfügung unentgeltlich geschieht und der Dritte aus ihr unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt[37]) (§§ 12 flg. ausgenommen § 16 unter e). Eigenthümlich ist den zuletzt erwähnten Fällen, daß der Dritte in gutem Glauben erwerben muß, worunter nicht allenthalben das Gleiche verstanden wird.

Ingleichen ist ein Dritter verpflichtet, wenn der ursprünglich Bereicherte ihm das Erlangte unentgeltlich zuwendet, soweit dadurch der Bereicherungsanspruch gegen den ersten Empfänger wegfällt[38]). Der gute Glaube des Dritten ist hier nur für das Maß seiner Haftung wesentlich (§ 819 Abs. 1). § 822 enthält einen bei der Revision des zweiten Entwurfes gemachten Zusatz: Die Mehrheit der Kommission war der Ansicht, die Zuwendung geschehe in denjenigen Fällen, in welchen der erste Empfänger durch den Wegfall seiner Bereicherung frei werde, in Wirklichkeit auf Kosten dessen, der ihm gegenüber benachtheiligt sei, und die Zuwendung rechtfertige zwar den Uebergang des Zugewendeten aus dem Vermögen des Zuwendenden in das des Dritten, nicht aber dessen Bereicherung auf Kosten des ursprünglich Benachtheiligten. Beispiel: A giebt dem B eine Sache, die er diesem zu schulden glaubt. Er würde gegen B condictio indebiti haben. B verschenkt die Sache an C. Geschieht dies vor Eintritt der Rechtshängigkeit, und ohne Kenntniß vom Mangel des rechtlichen Grundes, ist B dem A aus der Bereicherung nicht mehr haftbar (§§ 818 Abs. 3 und 4, 819 Abs. 1). Dagegen ist jetzt C auf Kosten des A ohne dessen Willen bereichert und ihm darum verpflichtet. Fall der condictio sine causa im engeren Sinne.

In den Fällen der §§ 816 Abs. 1 Satz 2 und 822 ist nur von unentgeltlicher Verfügung oder Zuwendung die Rede. Diejenigen Fälle, in denen der Dritte auf Kosten des ersten Empfängers ohne rechtlichen Grund bereichert ist[39]) werden durch § 822 nicht gedeckt. Beispiele: A glaubt dem B 100 zu schulden, B glaubt dem C 100 zu schulden. A verspricht die 100, die er dem B zu schulden glaubt, auf Geheiß des B dem C (l. 2. § 4 D. de don. 39. 5) Da C durch das Versprechen dem A gegenüber unmittelbar bereichert ist, hat aber A gegen ihn condictio causa data, causa non secuta, weil der mit dieser Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg, den B gemäß § 414 von einer Schuld zu befreien, nicht eintritt. Uebergiebt dagegen B die Sache des A dem gutgläubigen C, dem er sie aus Kauf zu schulden glaubt, so

---

[37]) Protokolle, S. 8492 flg. Sächs. G.B, § 1549 Fall 1.

[38]) Protokolle S. 8513, woselbst auf Windscheid, § 424 Ziffer 2 bei Note 7 verwiesen wird. Auch diese mittelbaren Bereicherungsansprüche könnten zur Noth unter Sächs. G.B. § 1549 Fall 1 gebracht werden.

[39]) Windscheid, § 427 Ziffer 2 bei Note 7 und 9.

verliert A das Eigenthum gemäß § 932 und hat lediglich den Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung B gegenüber. Letzteres Beispiel zeigt zugleich, daß nicht nur der Benachtheiligte — im Verhältnisse zu C ist dies B — sondern auch ein Dritter — A — als Forderungsberechtigter in Frage kommt, wenn er gegen den Benachtheiligten — B — ebenfalls einen Bereicherungsanspruch erheben kann. Auch dieser Fall ist im Gesetzbuche nicht erwähnt.[39])

5. Beweis.

§ 6. Beweisregeln giebt das Gesetzbuch als solche nicht; man hat die Frage der Beweislast absichtlich der Wissenschaft und Praxis überlassen.[40]) Damit sind alle Beweisregeln des bisherigen positiven Rechts als solche beseitigt.[41]) Nach allgemeinen Grundsätzen wird Folgendes festzuhalten sein:

Außer der Leistung, deren Beweis dem Kondicenten in allen Fällen einer mit seinem Willen eingetretenen Bereicherung obliegt, hat er für die condictio indebiti zu beweisen, daß die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geschehen sei,[42]) und daß diese nicht bestehe — nicht entstanden, wieder erloschen sei, ihre Geltendmachung durch Einrede dauernd ausgeschlossen sei —. Der Gegner hat sodann den Nachweis zu führen, daß der Kondicent das Nichtbestehen der Verbindlichkeit gekannt habe, oder daß die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen habe.[43]) Beim Anerkenntnißvertrage, der im Zweifel nicht als abstraktes Schuldversprechen gilt, hat der Kondicent zu beweisen, daß die Schuld nicht bestehe. Der Gegner beweist dann, daß die Parteien einig waren, falls kein Schuldverhältniß bestehe, ein solches zu begründen.[44]) Die Meinung, daß gegenüber der condictio eines abstrakten Schuldversprechens der Gläubiger das Bestehen einer causa beweisen müsse, [45]) wurde von der Kommission II nicht getheilt.[46]) Es liegt auch kein Grund vor, dem Kondicenten den Beweis des Nichtbestehens der vom Gegner behaupteten causa abzunehmen. Für die condictio causa data, causa non secuta wird bewiesen werden müssen, daß die Leistung zu dem nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolge geschehen, und daß dieser nicht eingetreten

---

[39]) Windscheid, § 427 Ziffer 2 bei Note 7 und 9.

[40]) Motive Bd. 2 S. 833 und 843, sowie Protokolle S. 2955 und S. 2970 flg.

[41]) insbesondere Sächs. G.B. § 1533 in vollem Umfange, desgleichen Windscheid, § 426 Ziffer 5 α β und § 429 bei Note 1.

[42]) d. h. daß die Leistung sich äußerlich als Erfüllungshandlung darstelle (Windscheid, § 426 bei Note 18 und 26 und Grützmann, Lehrbuch des Sächs. Privatrechts Bd. 2 § 188 bei und in Note 6). Entsprechendes gilt auch von den condictiones causa data, causa non secuta und ob causam finitam.

[43]) Motive Bd. 2 S. 833 bei Note 3.

[44]) Protokolle S. 2968 flg., insbesondere S. 2973.

[45]) Windscheid, § 426 bei Note 23.

[46]) Protokolle S. 2576 flg. entsprechend Sächs G.B. § 1399, Grützmann, Lehrbuch, Bd. 2 § 188 bei Note 9.

sei;[47]) wogegen der Beweis der in § 815 erwähnten Ausschließungsgründe dem Gegner obliegt. Zur Begründung der condictio ob causam finitam wird der Beweis erforderlich sein, daß die Leistung auf Grund einer nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bestimmten causa geschehen und daß diese später weggefallen sei. Zur Begründung der condictio ob turpem causam wird gehören, daß der Empfänger nach der Zweckbestimmung der Leistung durch deren Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen habe; und im Falle des Satzes 2 zugleich, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestanden habe. Dagegen wird der Empfänger beweisen müssen, daß auch der Leistende durch die Leistung und im Falle des Satzes 2, durch die Eingehung der erfüllten Verbindlichkeit gegen ein gesetzliches Verbot, oder gegen die guten Sitten verstoßen habe (§ 817).

Bei den condictiones sine causa im engeren Sinne endlich wird der Kondicent beweisen müssen, daß der Gegner auf seine Kosten bereichert sei, und daß die Bereicherung des vom Gegner etwa behaupteten Grundes entbehre; in den Fällen des § 816 insbesondere, daß der Verfügende oder der Leistungsempfänger das etwa zu seinen Gunsten behauptete Recht nicht besitze, dem Dritten gegenüber auch, daß die Verfügung unentgeltlich war. Im Falle des § 822 wird überdies vom Kondicenten zu beweisen sein, daß die Bereicherung des ersten Empfängers weggefallen sei.

Steigert der Kondicent seinen Anspruch auf Grund der §§ 818 Abs. 4, 819, 820, so muß er beweisen, daß und von welchem Zeitpunkte ab die Voraussetzungen der gesteigerten Haftung vorliegen.[48]) Daß die Bereicherung weggefallen sei, muß der Empfänger beweisen, wenn er in Anspruch genommen wird.[49])

B. Besondere Fälle.

1. Leistung zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit (§§ 813 und 814).

§ 7. Die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wird, kann obligatorischer oder dinglicher Natur sein, sie kann auf einem Rechtsgeschäfte oder auf einer anderen Thatsache beruhen. Beispiele: Vertrag, der nichtig ist, weil sich die Parteien versehentlich nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte (§ 154). Fahrlässige Körperverletzung (§§ 823 und 843), oder Sachbeschädigung (§§ 823 und 849), wenn fälschlich Thäterschaft angenommen wird. Bezahlung von Nachlaßschulden in dem Glauben, Erbe zu sein, obgleich das Testament, welches die Erbeinsetzung enthält, wegen Formmangels nichtig ist (§§ 2229—2252). Ueberlassung der Nutzungen einer Sache an eine Person, welche fälschlich für nießbrauchs-

---

[47]) gegen Windscheid § 429 Note 1 und 2 mit Sächs. G.B. § 1539 Satz 1. Auch Satz 2 dieses Paragraphen wird anzuwenden sein.

[48]) Motive, Bd. 2 S. 842.

[49]) Protokolle, S. 2997/9.

berechtigt gehalten wird (§ 1030). Ob geleistet wird, was man zu schulden glaubt, oder ob an Erfüllungsstatt gegeben wird (§§ 364/5), oder ob hinterlegt wird (§ 378), ist belanglos; wenn nur geleistet wird, um eine Verbindlichkeit zu erfüllen (§ 813 Abs. 1 Satz 1).

Die Verbindlichkeit darf nicht bestehen. Gleich ist, ob sie überhaupt nicht entstanden ist, wieder erloschen ist, oder ob dem an sich fortbestehenden Anspruche eine Einrede entgegensteht, die dessen Geltendmachung dauernd ausschließt[50]) (§ 813 Abs. 1 Satz 1). Beispiele: Der Leistende hat die unerlaubte Handlung nicht begangen, für deren Thäter er sich hält. Der Leistende übersieht, daß er die Forderung bereits erfüllt hatte. Der Leistende übersieht, daß er die Befriedigung gemäß § 1973 Satz 1 verweigern kann. Dagegen rechnen die Materialien zum Gesetzbuche[51]) nicht hierher die Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts. Die an sich gültige Leistung, durch die ein anfechtbares Rechtsgeschäft erfüllt wird, soll vielmehr der condictio ob causam finitam unterliegen, sofern das Rechtsgeschäft durch die nachträglich abgegebene Anfechtungserklärung (§ 143 Abs. 1) wegfalle. Oder es soll condictio causa data, causa non secuta gegeben sein, sofern durch die Leistung eine für unanfechtbar gehaltene Verbindlichkeit habe getilgt werden sollen (siehe unten § 9 unter b). Beide Konstruktionen erscheinen gekünstelt. Dies gilt auch von der nachträglichen Anfechtung eines bis zur Erfüllung unangefochtenen, also rechtsgültig gebliebenen Rechtsgeschäfts. Es dürfte kein ernstliches Hinderniß vorliegen, die Zurückforderung einer Leistung, welche zur Erfüllung eines irrthümlich nicht für anfechtbar, und darum für verpflichtend gehaltenen Rechtsgeschäfts bewirkt wurde, als condictio indebiti anzusehen.[52]) Ausgeschlossen ist die Rückforderung, wenn auch nur eine natürliche Verbindlichkeit besteht. Deshalb begründet die Einrede der Verjährung die condictio indebiti nicht[53]) (§ 813 Abs. 1 Satz 2 und § 222 Abs. 2), obgleich sie die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausschließt (§ 222 Abs. 1). Deshalb findet condictio indebiti nicht statt, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht, oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht (§ 814 a. E.).[54]) Beispiel: Leistung aus Spiel und Wette, soweit solche Verträge nicht verboten oder un-

---

[50]) Motive, Bd. 2 S. 832 bei Note 2, entsprechend Sächs. G.B. § 1520 Satz 1; siehe jedoch Schollmeyer, S. 104 unter a und oben § 2 Note 6.

[51]) Motive, Bd. 2 S. 832 S. 846, Protokolle S. 264.

[52]) Dies meint wohl Schollmeyer S. 107, wenn er betont, das nicht angefochtene Rechtsgeschäft sei zur Zeit der Zahlung gültig gewesen, und dies geblieben; mithin müsse die Zahlung angefochten werden. Ist die Anfechtung bereits mit Erfolg durchgeführt, dürfte condictio sine causa im engeren Sinne gegeben sein, wie auch Sächs. G.B. § 1547 annimmt.

[53]) Protokolle, S. 2963 und S. 464–470, entsprechend Sächs. G.B. § 1522. Satz 2 wurde von der Reichstagskommission nur aus redaktionellen Gründen eingeschoben (Sten. Ber. des Reichstags, Session 95/6 Anlagebd. III Nr. 440 S. 1984).

[54]) Dieser Gedanke ist generell nur für die condictio indebiti ausgesprochen, er gilt aber kraft positiven Rechts auch für andere Kondiktionenfälle, zu vergl. § 524 verb. mit

sittlich sind (§ 762 Abs. 1 Satz 2 verb. mit § 309, §§ 134, 138 und § 817.)[55]) Kraft positiver Bestimmung findet die condictio indebiti nicht statt, wenn eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird; auch Zwischenzinsen brauchen nicht erstattet zu werden[56]) (§ 813 Abs. 2 verb. mit § 272). Die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wird, besteht insbesondere auch dann nicht, wenn sie gegenüber einem anderen Gläubiger oder für einen anderen Schuldner begründet ist, oder wenn der Leistungsinhalt ein anderer ist, nur ist, wenn blos zuviel geleistet wurde, blos der Ueberschuß herauszugeben.[57]) Beispiele: Erfüllung einer Verbindlichkeit gegen den Erblasser an den gesetzlichen Erben, obgleich dieser auf den Pflichttheil gesetzt, also auf einen persönlichen Anspruch gegen den Testamentserben beschränkt ist (§ 2303).[58]) Bezahlung von Nachlaßschulden in dem Glauben Erbe zu sein. Leistung einer anderen, als der geschuldeten Sache, in dem Glauben, daß sie geschuldet werde. Fälschliche Berechnung der Antheile an Forderung und Schuld im Falle des § 420.

Der Leistende darf nicht wissen, daß die Verbindlichkeit nicht besteht (§ 814 erster Fall). Durch den Zweifel, ob sie bestehe, wird die condictio indebiti nicht ausgeschlossen. Ob das Nichtwissen entschuldbar ist, oder nicht, ob es insbesondere Thatsachen, oder Rechtssätze betrifft, ist gleichgültig.[58*])

2. Leistung zu einem, nach dem Inhalte eines Rechtsgeschäftes bezweckten Erfolge (§ 815.)

§ 8. Abweichend von § 742 des Entwurfes 1. Lesung tritt die zweite Kommission bewußt in Gegensatz zur Voraussetzungstheorie Windscheid's.[59]) Sei die Voraussetzung von den Parteien als solche bezeichnet, so sei sie Vertragsinhalt. Wolle man aber betreffs künftiger Ereignisse die Voraussetzung berücksichtigen, wenn die Betheiligten den vorausgesetzten Umstand nicht erwähnt hätten, weil sie ihn für sicher gehalten hätten, hinterher aber das Ereigniß oder der Erfolg nicht eintrete, so laufe die Praxis Gefahr, einen außerhalb des Vertrages liegenden Beweggrund als wirksam zu beachten.[60]) Durch die Bestimmung in § 812 Abs. 1

§§ 516, 527, 528, 530 flg. und § 2330 verb. mit § 2329, sowie unten § 9 bei a und f, § 10 und oben § 3 unter b.

[55]) Protokolle, S. 2963.

[56]) ebenso Sächs. G.B. § 1521 und Windscheid, § 426 bei Note 8, wo indeß interusurium zugebilligt wird.

[57]) Windscheid, § 426 bei Note 9—12.

[58]) Strohal, das deutsche Erbrecht, bei Guttentag, Recht des Dtsch. G.B.'s. in Einzeldarstellungen, S. 71; abweichend Sächs. G.B. § 2589, Annalen des K. S. O.L.G.'s Bd. 9 S. 46.

[58*]) Motive, Bd. 2 S. 834 bei Note 2 und Sächs. G.B. § 1523 Satz 1 und 2; anders Windscheid, § 426 Ziffer 3 bei Note 14.

[59]) Und zugleich in Gegensatz zu § 1534 des Sächs. G.B.'s, siehe Grützmann, Lehrbuch, Bd. 1 S. 105 unter 2.

[60]) Protokolle, S. 2953. Die Kommission beruft sich dabei auf die Bd. II des Sächs. Archivs S. 14 unter 11 erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts.

Satz 1 zweite Hälfte: Die Verpflichtung, das Erlangte herauszugeben, besteht auch, „wenn der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt“, soll also die condictio causa data, causa non secuta versagt werden, wenn sich nicht aus dem Inhalte des Rechtsgeschäftes selbst ausdrücklich oder mittels stillschweigender Willenserklärung[61]) ergiebt, daß ein Erfolg und welcher Erfolg mit der Leistung bezweckt werde. Bei Erörterung der Frage, ob eine stillschweigende Willenserklärung vorliege, wird die Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie abgegeben wurde, nicht zu umgehen sein, da ohnedem der „Inhalt“ des Rechtsgeschäfts möglicherweise nur unvollkommen erkannt wird. Für einseitige Rechtsgeschäfte, die einem anderen gegenüber vorzunehmen sind, liegt mithin eine Einschränkung gegenüber dem Entwurfe 1. Lesung insofern kaum vor, als auch dieser von einer „ausdrücklich oder stillschweigend erklärten“ Voraussetzung spricht, und die Wirksamkeit dieser Erklärung auch nach dem Gesetzbuche nicht daran geknüpft erscheint, daß der Andere sie so versteht, wie sie gemeint ist (arg. § 130 Abs. 1).[62]) Für Verträge dagegen wird man verlangen müssen, daß beide Parteien sich über den mit der Leistung bezweckten Erfolg ausdrücklich oder stillschweigend einigen, während es nach dem Entwurfe 1. Lesung genügte, daß die Erklärung, durch welche die Leistung an eine Voraussetzung geknüpft wurde, für den Empfänger erkennbar wurde.[63]) Außerdem unterscheidet sich der Sinn der Worte „bezweckter Erfolg“ von dem der Worte „vorausgesetztes Ereigniß“ insofern, als im ersteren Falle durch die Leistung auf den Erfolg hingewirkt, im letzteren Falle dagegen lediglich abgewartet wird, ob das Ereigniß eintritt, oder nicht. Im Uebrigen läßt sich zwischen „Erfolg“ und „Ereigniß“ kaum ein Unterschied machen.[64]) Auch ist in beiden Fällen das Fortbestehen der Leistung vom Eintritte des Erfolges oder des Ereignisses dergestalt abhängig, daß sie bei deren Nichteintritt widerrufen werden kann.

Gleichgültig ist, ob der Nichteintritt des Erfolges zufällig, oder ob er von einem der Betheiligten verschuldet ist.[65]) Wird die nachfolgende Unmöglichkeit nicht vom Empfänger verschuldet, ist das Rückforderungsrecht in der Regel nicht ausgeschlossen; ausnahmsweise ist dies nach § 527 Abs. 1 der Fall.[66])

Durch § 815 Fall 1 (verbis „wenn der Eintritt des Erfolges von An-

---

[61]) Das Gesetz theilt zwar, abweichend von § 72 des Entwurfes 1, die Willenserklärungen nirgends in ausdrückliche und stillschweigende ein; stillschweigende Willenserklärungen sind aber z. B. in §§ 568, 625, 612, 632, 653, 689 erwähnt. Siehe auch Motive, Bd. 2 S. 842.

[62]) Protokolle, S. 144/5, 147. Danach soll die Empfangstheorie, abweichend von § 74 Abs. 1 des Entwurfes 1, auch für stillschweigende Willenserklärungen gelten.

[63]) Motive, Bd. 2 S. 843; entsprechend Sächs. G.B. § 1534. Grützmann, Lehrbuch, Bd. 1 S. 105/6 unter 2.

[64]) siehe auch Motive, Bd. 2 S. 843.

[65]) Schollmeyer, S. 105 und Sächs. G.B. § 1536 Satz 2 § 1537.

[66]) § 1536 Satz 3 Sächs. G.B. stellt dies als Regel auf.

fang an unmöglich war, und der Leistende dies gewußt hat") soll der Grundsatz, daß eine wissentlich geleistete Nichtschuld nicht zurückgefordert werden kann (§ 814 Fall 1), auf die condictio causa data, causa non secuta übertragen werden, weil der Betreffende ebenso handele, wie der, welcher wissentlich eine Nichtschuld bezahlt.[67]) Beispiele der Kommission: Wer condicionis implendae causa eine Leistung macht, von der ein ihm ausgesetztes Vermächtniß abhängt (§ 2162 Abs. 1 verb. mit § 1939), obgleich er weiß, daß die Vermächtnißverfügung nichtig ist, handelt in Wahrheit von dem angegebenen Zwecke unabhängig. Desgleichen wer als Nichtverpflichteter eine Aussteuer (§§ 1620 flg.) verspricht, obgleich er weiß, daß die Ehe wegen zu naher Verwandtschaft nicht geschlossen werden kann.

Die Aufnahme des § 815 Fall 2 (verbis: „wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treue und Glauben verhindert hat") wurde in der Kommission als überflüssig bekämpft. Die Vorschriften in § 157 über Auslegung der Verträge nach Treue urd Glauben, § 162 Abs. 1, über Vereitelung der Bedingung durch die Partei, zu deren Nachtheil der Eintritt gereichen würde, § 324 Abs. 1, betreffs der Auflage würden genügen, und man werde unter § 815 Fall 2 Thatbestände bringen, die nicht dahin gehörten. Durch die erwähnten Sondervorschriften werden die einschlagenden Fälle theils nicht getroffen (§ 162 Abs. 1), theils nicht erschöpft. Die Mehrheit beschloß, die Bestimmung aufzunehmen, weil in § 162 Abs. 1 betreffs der Bedingung das Gleiche bestimmt sei, und weil „doch Fälle denkbar seien", auf welche der Satz mit Recht angewendet werde.[68])

§ 9. Eine Anzahl im Gesetzbuche erwähnter Kondiktionenfälle würde man nach der Ausdrucksweise des 1. Entwurfes § 742 im Einklange mit der gemeinrechtlichen Wissenschaft[69]) am einfachsten als Unterfälle der condictio causa data, causa non secuta ansehen. Solche Fälle sind:

a) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß eine Verbindlichkeit dazu entstehen werde. Beispiele: § 516 Abs. 1 Satz 2. Der Schenker fordert das im Voraus Zugewendete zurück, da der Empfänger den Abschluß des Schenkungsvertrages verweigert. § 1399 Abs. 2. Zu Rechtsgeschäften, durch die sich die Ehefrau zu einer Leistung verpflichtet, ist — nach allgemeinen Grundsätzen des Gesetzbuches — die Zustimmung des Ehemannes nicht nöthig. Stimmt aber der Ehemann einem solchen Rechtsgeschäfte nicht zu, so kann der Vertragsgegner der Ehefrau nach § 1399 Abs. 2, falls darin über eingebrachtes Gut verfügt war,

---

[67]) Protokolle, S. 2978.

[68]) Protokolle, S. 2978.

[69]) Windscheid, § 427 bei und in Note 2—12 und § 428, bei und in Note 1—3. Das Schenkungsversprechen von Todeswegen gehört nicht hierher, da es als ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft behandelt wird (§§ 2301 Abs. 1 und 158. Motive Bd. 2 S. 852). Wird der geschenkte Gegenstand geleistet, so gelten die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden (§ 2301 Abs. 2 und §§ 516 flg.)

seinen Anspruch überhaupt nicht verwirklichen (§§ 1395/8), und, falls darin nicht über eingebrachtes Gut verfügt war, die Zwangsvollstreckung nur in Gegenstände suchen, welche zum vorbehaltenen Gute gehören. Doch haften beide Ehegatten, soweit das eingebrachte Gut bereichert ist (§ 1399 Abs. 2 Satz 2). § 1455. Das Gleiche gilt, soweit das Gesammtgut durch ein Rechtsgeschäft bereichert ist, zu dessen voller Wirksamkeit das Einverständniß beider Ehegatten vorausgesetzt wird (§§ 1443 flg.). Auch die vorzeitige Erfüllung einer aufschiebend bedingten Verpflichtung wird man hierher rechnen müssen,[70]) zumal da die aufschiebende Bedingung im Zweifel nicht rückwirkende Kraft hat (§ 158, Ausnahme: § 159).[71])

b) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß dadurch eine Verbindlichkeit getilgt werde. Beispiele: Der Schuldner leistet dem Gläubiger einen nicht geschuldeten Gegenstand in Erwartung, daß dieser ihn an Erfüllungsstatt annehmen werde (§ 364 Abs. 1). Der Schuldner leistet, was er dem Gläubiger schuldet, einem Dritten in Erwartung, daß der Gläubiger dies genehmigen werde, und daß dadurch seine Schuld werde getilgt werden, gleich als ob ihn der Gläubiger auf Schuld angewiesen hätte (§ 787).

c) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß dadurch ein Forderungsrecht erworben werde. Beispiel: § 684. Der Geschäftsherr haftet dem Geschäftsführer ohne Auftrag auf Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, wenn weder utilis negotiorum gestio (§§ 683 Satz 1 und 2, verb. mit 679), noch Genehmigung vorliegt. Der Geschäftsführer leistet in der Voraussetzung, daß er die actio mandati contraria — im ersteren Falle unmittelbar, im letzteren Falle mittelbar — erwerbe.

d) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß dadurch ein sonstiger Rechtserwerb stattfinde, insbesondere, daß durch Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Zuwendung diese erworben werde. — Das oben § 8 citirte Beispiel der Kommission. —

e) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß eine Ehe zu Stande komme. — Versprechen der Aussteuer durch einen Nichtverpflichteten; das oben § 8 citirte Beispiel der Kommission. —

f) Es wird in der Voraussetzung geleistet, daß der Empfänger das Empfangene in gewisser Weise verwende, oder sich in Bezug darauf in gewisser Weise verhalte. Beispiel: § 527 Abs. 1 Schenkung unter einer Auflage. Bleibt die Auflage unvollzogen, kann der Schenker unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen die Herausgabe des Geschenks, soweit es zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen, nach den

[70]) Anders Motive, Bd. 2 S. 832, wonach „zweifellos" condictio indebiti stattfindet. Der Leistende weiß aber selbst im Falle des § 159, daß noch unentschieden ist, ob er verpflichtet sei oder nicht. Motive, Bd. 1 S. 255.

[71]) Motive, Bd. 1 S. 252, Protokolle, S. 361—4.

Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen, falls kein Dritter Vollziehung der Auflage fordern kann (§ 527 Abs. 2 verb. mit §§ 328 flg.). Unter den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen versteht die Kommission in diesem Falle nur Unmöglichkeit, die der Beschenkte nicht zu vertreten hat (§ 325)[72]) und Verzug (§ 326).[72]) Ein vom Beschenkten nicht zu vertretender Umstand (§ 327 Satz 2) vermag das Rückforderungsrecht nicht zu begründen.

Der Ausdruck des Gesetzbuchs „Leistung zu einem nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolge" paßt nun streng genommen, sofern damit gesagt wird, daß durch die Leistung auf den Eintritt des Erfolges hingewirkt werden müsse, blos auf die Fälle unter b, d, e. Zu b soll der Gläubiger bestimmt werden, den geleisteten Gegenstand an Erfüllungsstatt anzunehmen, oder die Leistung an den Dritten zu genehmigen, zu d soll die Zuwendung durch Erfüllung der Bedingung erworben, zu e soll das Zustandekommen der Ehe durch das Aussteuerversprechen ermöglicht werden. Dagegen wird der Audruck des Gesetzes den Fällen unter a, c, f nicht voll gerecht. Es läßt sich kaum ohne Zwang sagen, daß durch die Vorausleistung auf die Annahme der Schenkung (§ 516), oder auf die Genehmigung des Geschäfts durch den Ehemann (§ 1399) oder durch den anderen Ehegatten (§ 1455) hingewirkt werden solle, daß Zweck der negotiorum gestio sei, die actio mandati contraria zu erwerben (§ 684), oder daß der Vollzug der Auflage Zweck der Schenkung sei (§ 527). Eine condictio ob causam finitam anzunehmen, erscheint aber für die Fälle unter a, c, f völlig ausgeschlossen. Ebensowenig geht es an, diese Fälle als eigenartige, den bisher üblichen Kategorieen nicht unterzuordnende Kondiktionenfälle anzusehen, weil die ihnen allen gemeinsame Eigenart gerade darin besteht, daß „unter der Voraussetzung eines zukünftigen Ereignisses" im Sinne von § 742 des 1. Entwurfes geleistet wird. Die Fassung des Gesetzes ist also für diese Fälle zu eng.

3. Leistung, deren rechtlicher Grund später wegfällt (§ 812 Abs. 1 Satz 2 erste Hälfte.

§ 10. a) Ueberdies ist in § 1301 Abs. 1 des Gesetzbuchs ein Kondiktionenfall erwähnt, der bisher immer als ein Unterfall der condictio causa data, causa non secuta angesehen wurde:[73]) Was Verlobte einander schenken, oder zum Zeichen des Verlöbnisses geben, können sie — außer im Falle des Abs. 2 — nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern, wenn die Eheschließung unterbleibt. Dies Recht steht auch dem schuldigen Theile zu, soweit nicht ihm gegenüber mit der Schädenforderung der §§ 1298/9 aufgerechnet wird. In der Kommission waren die Ansichten getheilt, ob condictio causa data, causa non secuta, condictio ob causam finitam,

[72]) Protokolle, S. 1670.

[73]) Denkschrift, S. 168. Windscheid, § 427 bei Note 18, Sächs. G.B. § 1583 flg.

oder ein eigenartiger Konditionenfall vorliege.[74]) Von Leistung zu einem, nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolge kann ernstlich nicht die Rede sein. Der an dritter Stelle erwähnte Ausweg erscheint ungangbar, da die Eigenart des Falls nur darin gefunden werden könnte, daß „unter der Voraussetzung eines zukünftigen Ereignisses“ geleistet wird. Man wird sich daher für die condictio ob causam finitam entscheiden müssen: causa finita ist das Verlöbniß. In diesen Zusammenhang gehört auch § 1584.[75]) Widerruf von Schenkungen, die während des Brautstandes und während der Ehe gemacht sind, im Falle der Scheidung gegenüber dem allein für schuldig erklärten Ehegatten. Der Unterschied dieses von dem vorhergehenden Falle ist nur, daß dem schuldigen Ehegatten das Rückforderungsrecht versagt ist.

b) Bei gegenseitigen Verträgen wird nach § 323 Abs. 1,[76]) wenn die einem Theile obliegende Leistung infolge eines Umstands, den keine Partei zu vertreten hat, ganz oder theilweise unmöglich wird, der andere Theil von der Gegenleistung ganz oder — nach den Grundsätzen über die Minderung beim Kaufe — theilweise befreit. Verlangt der andere Theil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes, oder Abtretung des Ersatzanspruches, bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet. Diese mindert sich jedoch — nach den Grundsätzen über die Minderung beim Kaufe —, insoweit, als der Werth desjenigen, was an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung tritt, hinter dem Werthe dieser Leistung selbst zurückbleibt (§ 323 Abs. 1 und 2 verb. mit §§ 472/3). In beiden Fällen ist die bereits bewirkte Gegenleistung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ganz oder theilweise zurückzugewähren (§ 323 Abs. 3.) § 327 Satz 1[77]) behandelt das gesetzliche Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen für den Fall, daß die dem anderen Theile obliegende Leistung in Folge eines Umstandes unmöglich wird, den er zu vertreten hat (§ 325), oder daß der andere Theil mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt (§ 326). Satz 2 dagegen regelt die Folgen der Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts für den Fall, daß der Rücktritt infolge eines Umstandes geschieht, den der andere Theil nicht zu vertreten hat. In § 440 aus der Lehre vom Kauf und in § 636 Abs. 1 Satz 1 a. E., der das Recht des Bestellers, vom Werkvertrage zurückzutreten, behandelt, wird ausdrücklich auf § 327 verwiesen. Es gehören aber auch § 543 Abs. 2, zweite Hälfte, und § 628 Abs. 1 Satz 3 hierher, welche das Recht des Abmiethers und des auf die Dienstleistung Berechtigten, den Mieth- bez. Dienstvertrag ohne Frist zu kündigen, betreffen,

---

[74]) Motive, Bd. 4 S. 6. Protokolle, S. 4482 flg.

[75]) Motive, Bd. 4 S. 612.

[76]) Protokolle, S. 1278—80. Denkschrift, S. 48; anders Sächs. G.B., §§ 866 flg., 1018, 1091.

[77]) Protokolle, S. 1282—1287 und insbesondere S. 1303/8.

weil fristlose Kündigung in Wahrheit nichts ist, als Rücktritt vom Vertrage.[78]) Auch im Falle des § 327 Satz 2 und in seinen Unterfällen hat der Zurücktretende, da der Umstand, der zum Rücktritte veranlaßt, von der Gegenpartei nicht zu vertreten ist, lediglich das Recht, die bereits bewirkte Gegenleistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzufordern.

Die Leistung, welche hiernach der Rückforderung unterliegt, kann zwar in der Voraussetzung, daß eine Verbindlichkeit dazu entstehen werde, geschehen (es wird eine noch nicht fällige Miethzinsrate bezahlt).[79]) Sie kann auch um der Gegenleistung willen geschehen, (unter der Voraussetzung, daß der Vermiether den vertragsmäßigen Gebrauch der Sache alsbald wiederverschaffen werde, wird nicht nach § 542 gekündigt, sondern die fällige Miethzinsrate bezahlt)[80]). Sie wird aber in der Regel zur Erfüllung der dem Leistenden auf Grund des gegenseitigen Vertrages obliegenden Verpflichtung erfolgen (die Miethzinsrate wird zu Anfang des Quartals vertragsmäßig vorausbezahlt).[81]) Im ersteren Falle kann condictio causa data, causa non secuta vorliegen (siehe oben § 9 unter a). Auch im zweiten Falle kann condictio causa data, causa non secuta gegeben sein, wenn geleistet wurde, um den Empfänger zur Gegenleistung zu bestimmen. Im dritten Falle dagegen liegt condictio ob causam finitam vor; denn die Verpflichtung, die den Rechtsgrund zur Leistung bildet, fällt weg. Letzteres gilt insbesondere auch für die Fälle des § 323 Abs. 3. Der Unterschied ist nur, daß in diesen Fällen blos die den Rechtsgrund der Leistung bildende Verpflichtung ganz oder theilweise wegfällt, welche aus dem Vertrage folgt; in den Fällen des § 327 Satz 2 dagegen der ganze Vertrag aufgehoben wird.

4. Leistung, nach deren Zweckbestimmung der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 817).

§ 11. Die condictio ob turpem causam setzt eine Leistung voraus, deren Zweck in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 817 Satz 1). Dieser Zweck der Leistung braucht aber nicht die Herbeiführung eines zukünftigen Erfolges, oder eines späteren Verhaltens des Empfängers zu sein.[82]) Grund der Rückgabepflicht ist nur der auf Seiten des Empfängers in der Annahme liegende Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten. Dieser Grund trifft aber auch zu, wenn die Leistung mit Rücksicht auf ein in der Vergangenheit liegendes Ver-

---

[78]) In der Fassung des Entwurfes II. Lesung tritt dies deutlicher hervor. Zu vergl. § 487 a. E. und § 566 Abs. 1 a. E., desgl. Protokolle S. 2051 und S. 2198.

[79]) Windscheid, § 427 bei Note 2.

[80]) Windscheid, § 428 bei Note 4.

[81]) Windscheid, § 428 bei Note 7.

[82]) Anders Sächs. G.B. § 1540.

halten des Empfängers geschieht, namentlich, wenn damit bereits geleistete Dienste vergütet werden sollen, für welche Bezahlung zu nehmen, einer höheren Pflicht widerspricht.[83]) Beispiel: Durch die Annahme eines Geschenks für eine an sich nicht pflichtwidrige Handlung verstößt der Beamte gegen § 351 des St.G.B.'s, gleichviel, ob das Geschenk der Handlung folgt, oder die Handlung dem Geschenke. Zugleich ergiebt der Wortlaut der Bestimmung, daß, wie in dem angeführten Beispiele, die Handlung selbst, welche mit der Leistung vergütet werden soll, keineswegs gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten zu verstoßen braucht. Kennzeichnet sich der Verstoß, dessen sich der Empfänger durch die Annahme der Leistung schuldig macht, zugleich als eine unerlaubte Handlung zum Nachtheile des Gebers, so sind der Anspruch auf Schadensersatz und die condictio neben einander begründet: Beispiel: Wer gegen die Verbote in §§ 302 a, d, e des Wuchergesetzes in der Fassung vom 19. Juni 1893 verstößt, oder wer sich des nicht strafbaren Wuchers nach § 138 Abs. 2, und damit eines Verstoßes gegen die guten Sitten schuldig macht, haftet im ersteren Falle gemäß § 823, im letzteren Falle gemäß § 826 auf Schadensersatz,[84]) und zugleich nach den Vorschriften über die condictio ob turpem causam (§§ 817, 819 Abs. 2). Da der Schädenanspruch weiter geht (§§ 249 flg., 842 flg.), wird in solchen Fällen, solange die dreijährige Frist des § 852 Abs. 1 noch nicht verstrichen ist, die condictio meist ohne praktische Bedeutung sein. Sie gewinnt jedoch Bedeutung, wenn jene Frist abgelaufen ist (§ 852 Abs. 2)[85]), und zwar um so mehr, als der Bereicherte wegen § 819 Abs. 2 sich nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann (zu vergl. oben § 3 unter c, 2).

Der Zweck der Leistung kann in der Art bestimmt sein, daß auch dem Geber ein Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten zur Last fällt. Dann ist die Rückforderung ausgeschlossen[86]) (§ 817 Satz 2). Beispiel: § 656.[87]) Das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe, oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe begründet keine Verbindlichkeit, weil der Empfänger durch die Annahme der versprochenen Leistung gegen die guten Sitten verstoßen würde. Doch kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, da auch die Hingabe solcher Leistungen zu einem un-

[83]) Motive, Bd. 2 S. 849.

[84]) Sten. Ber. des Reichstags Session 95/96. Anlage-Bd. III Nr. 440 S. 1957.

[85]) Protokolle, S. 256/8.

[86]) Dies muß auch gelten, wenn der Vorwurf nur den Geber trifft (Windscheid § 428 bei und in Note 9. Sächs. G.B. § 1543).

[87]) Der Paragraph ist von der Reichstagskommission gegen den Willen der Regierungsvertreter eingefügt worden (Sten. Ber. des Reichstags, Session 95/6 Anlage-Bd. III Nr. 440 S. 1981). Aehnlich Sächs. G.B. § 1259; nur daß das Geleistete zurückgefordert werden kann (Annalen des Königl. Sächs. O.A.G.'s, 2. Folge Bd. 4 S. 513). Abweichend Gew.O. §§ 85, 88.

sittlichen Zwecke erfolgt. Bestand die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit, kann sie ausnahmsweise kondicirt werden (§ 817 Satz 2 verbis „es sei denn" u. s. w. und § 656 Abs. 2). Denn ein Verstoß gegen das Gesetz und die guten Sitten darf nicht erzwungen werden. Dagegen ist die Rückforderung des zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleisteten nach dem Grundsatze des § 817 Satz 2 ausgeschlossen.[88])

5. Bereicherung durch Verfügungen Nichtberechtigter und durch Leistungen an Nichtberechtigte, welche dem Berechtigten gegenüber wirksam sind (§ 816).

§ 12. Die beiden Entwürfe enthielten keine allgemeine Bestimmung dahin, daß, wer durch Verfügung eines Nichtberechtigten oder durch Leistung an einen Nichtberechtigten kraft Gesetzes einen Rechtsverlust erleide, den Bereicherungsanspruch gegen den Verfügenden oder den Empfänger der Leistung habe. Für einzelne Fälle war dies ausdrücklich bestimmt (Entwurf I §§ 839, 880, Entwurf II §§ 812, 850, 2232). In anderen Fällen sollte dasselbe gelten, obgleich keine ausdrückliche Bestimmung vorlag, z. B. für die Fälle in §§ 304/6 des Entwurfes I = §§ 407/9 des Gesetzbuchs[89]). Bei der Revision des Entwurfes II wurde beantragt, in den Abschnitt über die ungerechtfertigte Bereicherung eine Bestimmung des aus § 816 ersichtlichen Inhalts aufzunehmen, §§ 812, 850, 2232 dagegen zu streichen. Dieser Antrag wurde gebilligt, weil es in der Konsequenz der §§ 812, 850, 2232 liegen würde, auch an den anderen einschlagenden Stellen des Gesetzbuchs eine entsprechende Vorschrift aufzunehmen, zumal bei der Cession, wo beide Sätze der Vorschrift zuträfen; weil es aber richtiger sei, statt mehrerer gleichartiger, unter die verschiedensten Materien zerstreuter Bestimmungen eine allgemeine Vorschrift da einzustellen, wo die ungerechtfertigte Bereicherung im Zusammenhange behandelt werde.[90])

Die hierher gehörigen Vorschriften des Gesetzbuchs lassen sich in vier Gruppen ordnen, an deren Spitze die §§ 407/9 (Schutz des gutgläubigen Schuldners bei der Cession), die §§ 892 flg. (Schutz des Dritten, dem der Inhalt des Grundbuches zur Seite steht), die §§ 932 flg. (Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer beweglichen Sache oder eines Rechts daran), und die §§ 2366/7 (Schutz des Dritten, zu dessen Gunsten der Inhalt des Erbscheines als richtig gilt) zu stellen sind. Besonderer Darstellung bedarf das Ineinandergreifen der §§ 407 flg. und der §§ 892 flg. bei der Hypothek.

---

[88]) Der Schlußsatz wurde als selbstverständlich angesehen, aber aufgenommen, um die irrthümliche Zulassung der condictio indebiti auszuschließen. Protokolle, S. 2979.

[89]) Motive, Bd. 2 S. 852.

[90]) Protokolle, S. 8492.

§ 13. a) §§ 407/9 [91]) [92]). Gemäß § 407 Abs. 1 gilt dem Schuldner gegenüber auch nach der Abtretung der bisherige Gläubiger als Gläubiger, solange er nicht von der Abtretung — durch Anzeige oder auf andere Weise — erfahren hat. Deshalb muß der neue Gläubiger Leistungen des Schuldners an den bisherigen Gläubiger, oder Rechtsgeschäfte, die zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen werden (z. B. § 397 Erlaßvertrag), als den Schuldner befreiend anerkennen.[93]) Der bisherige Gläubiger haftet dem neuen Gläubiger nach Befinden auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung, oder aus der Geschäftsführung ohne Auftrag.[94]) Daneben steht aber dem neuen Gläubiger der Bereicherungsanspruch des § 816 zu, und zwar im Falle der Leistung nach Abs. 2, im Falle sonstiger Verfügung nach Abs. 1 Satz 1. Hat der bisherige Gläubiger zu Gunsten des Schuldners unentgeltlich über die Forderung verfügt, ist er nicht bereichert; dagegen haftet der Schuldner mit der Bereicherungsklage, soweit er durch jene Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat (Abs. 1 Satz 2). Tritt der bisherige Gläubiger die Forderung nochmals ab, so wird der Schuldner, gemäß § 408 [95]) durch Leistung an den späteren Cessionar, oder durch Rechtsgeschäft mit ihm dem früheren Cessionar gegenüber befreit.[96]) Der frühere Cessionar, der allein Gläubiger ist, hat hier Schädenansprüche gegen den bisherigen Gläubiger, zugleich aber den Bereicherungsanspruch gegen den späteren Cessionar, soweit dieser durch Leistung des Schuldners oder durch sonstige zwischen ihm und dem Schuldner getroffene Verfügung bereichert ist.[96]) Der spätere Cessionar wiederum nimmt Regreß gegen den bisherigen Gläubiger, weil ihm dieser eine Forderung abtrat, die ihm nicht mehr zustand, und hat diesem gegenüber, soweit eine Gegenleistung bewirkt ist, condictionem indebiti. Hat der spätere Cessionar über die Forderung unentgeltlich zu Gunsten des Schuldners verfügt, haftet Letzterer gemäß Abs. 1 Satz 2. Dasselbe gilt im Falle des § 408 Abs. 2 Fall 2. Nach § 409 berechtigt die Anzeige des Gläubigers, daß er die Forderung abgetreten habe, ihre Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, den Schuldner, die als Cessionar genannte Persönlichkeit als Gläubiger zu behandeln, auch wenn sie dies nicht ist. Da die Anzeige ein selbständiges einseitiges Rechtsgeschäft des Gläubigers gegenüber dem Schuldner als passiv Betheiligtem ist, braucht der Letztere bezüglich der Abtretung nicht in gutem Glauben zu sein.[97]) Leistet nun der Schuldner an die als Cessionar

[91]) Protokolle, 788—794.

[92]) Soweit diese Vorschriften in das prozessuale Gebiet eingreifen, bleiben sie im Folgenden unbesprochen.

[93]) Im Wesentlichen = § 972 Sächs. G.B.

[94]) Motive, Bd. 2 S. 134/5.

[95]) Motive, Bd. 2 S. 134/5.

[96]) Denkschrift, S. 54. Sächs. G.B. § 973: Die Stellung des Schuldners ist dieselbe; der Bereicherungsanspruch gegen den späteren Cessionar ist aber ausgeschlossen.

[97]) Motive, Bd. 2 S. 135.

bezeichnete Persönlichkeit, oder verfügt diese durch ein Rechtsgeschäft mit dem Schuldner darüber, so wird der angebliche Cessionar auf Kosten des Gläubigers bereichert. Da aber die Bereicherung auf der Anzeige, also auf seinem Willen beruht, steht ihm nicht condictio sine causa im engeren Sinne zu. Dagegen sind andere Bereicherungsansprüche wegen Mangels der Abtretung denkbar, die der Anzeige zu Grunde liegt (zu vergl. oben § 7, § 10 c). Der Anzeige des bisherigen Gläubigers steht die Vorlegung der Abtretungsurkunde durch den neuen Gläubiger in allen Stücken gleich (§ 409 Abs. 1 Satz 2).

b) Nach § 412[98]) finden die Bestimmungen in §§ 407/9 entsprechende Anwendung auf den Uebergang von Forderungen kraft Gesetzes (z. B. § 268 Uebergang der Forderung auf den Dritten, der den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger befriedigt. § 426 Uebergang der Forderung gegen die übrigen Gesammtschuldner auf denjenigen Gesammtschuldner, der den Gläubiger befriedigt. § 774 Uebergang der Forderung des Gläubigers auf den Bürgen, der diesen befriedigt). § 409 wird aber kaum entsprechend angewendet werden können, da eine der Anzeige des bisherigen Gläubigers oder der Abtretungsurkunde entsprechende Benachrichtigung für diese Fälle nicht vorgesehen ist. Ingleichen finden nach § 413[99]) die erwähnten Bestimmungen auf die Uebertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt.

c) §§ 720,[100]) 1473 Absatz 2, 1524 Absatz 2,[101]) 2019 Absatz 2, 2111 Absatz 1 Satz 2. Die Vorschriften in §§ 407/8 finden entsprechende Anwendung auf den Uebergang einer durch Beiträge der Gesellschafter oder durch Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Forderung in das Gesellschaftsvermögen, einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung in das Gesammtgut, oder in das eingebrachte Gut im Falle der Errungenschaftsgemeinschaft, einer vom Erbschaftsbesitzer und einer vom Vorerben mit Erbschaftsmitteln erworbenen Forderung in die Erbschaft. Wegen dieser Fälle genügt es, auf die Ausführungen unter a) zu verweisen.

d) §§ 574,[102]) 576,[102]) 577,[103]) 579.[104]) Ein Rechtsgeschäft zwischen Vermiether und Miether in Ansehung der Miethzinsforderung, insbesondere die Entrichtung des Miethzinses, ist gegen den Erwerber der vermietheten Sache wirksam, wenn dem Miether der Eigenthumsübergang nicht bekannt war. Dies entspricht der Vorschrift in § 407 Absatz 1. Der Satz gilt jedoch nur bezüglich des

[98]) Motive, Bd. 2 S. 120.
[99]) Bd. 2 S. 141 der Motive sind solche Rechte aufgezählt.
[100]) Protokolle, S. 2580—2553.
[101]) Protokolle, S. 5569—5570.
[102]) Protokolle, S. 1886—1891. Siehe zu dem Folgenden auch Denkschrift S. 78.
[103]) Protokolle, S. 1917—1920.
[104]) Protokolle, S. 1941.

Miethzinses, der bis zum Schlusse des Kalendervierteljahres geschuldet wird, das demjenigen folgt, in welchem der Miether den Uebergang des Eigenthums erfuhr. Es gilt also für den Bereicherungsanspruch des Erwerbers der vermietheten Sache, was oben unter a zu § 407 Absatz 1 gesagt ist. Entsprechend der Vorschrift in § 409 gilt nach § 576 die Anzeige des Vermiethers vom Uebergange des Eigenthums an der vermietheten Sache dem Miether gegenüber auch dann, wenn sie nicht auf Wahrheit beruht. Der Miether kann also, auch soweit er bezüglich des Eigenthumsüberganges nicht in gutem Glauben ist, den angeblichen als den wirklichen Erwerber behandeln. Ueber den Bereicherungsanspruch des Vermiethers gilt hier, was oben zu § 409 unter a) gesagt ist. Die für die Fälle der §§ 574 und 576 gefundenen Ergebnisse gelten wiederum gemäß § 577 auch dann, wenn der Vermiether an der dem Miether übergebenen Sache — nicht das Eigenthum übertragen, sondern — ein Recht eines Dritten begründet hat, dessen Ausübung dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch entzieht, für den Bereicherungsanspruch des Berechtigten gegen den Vermiether (§ 574) und des Vermiethers gegen den Berechtigten (§ 576), (§ 577 Satz 1, Ausnahme: Satz 2). Dabei kommen insbesondere Nießbrauch (§ 1030 flg.) und andere beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§ 1090 flg.), sowie Grunddienstbarkeiten, — soweit deren Ausübung dem Miether den vertragsmäßigen Gebrauch gänzlich entzieht — in Betracht. Beispiel der Kommission aus den Grunddienstbarkeiten (§§ 1018 flg.): Bestellung einer Weidegerechtigkeit an verpachteter Wiese.[105]) Endlich muß auch der weitere Erwerber im Umfange des § 574 Rechtsgeschäfte, welche zwischen Vermiether und Miether nach dem Uebergange des Eigenthums (§ 574) oder nach der dinglichen Belastung (§ 577) vorgenommen worden sind, gegen sich gelten lassen (§ 579 Satz 1)[106]). Beispiel: Der Vermiether überträgt das Eigenthum am Grundstücke auf A, dieser auf B, dieser auf C innerhalb des Zeitraumes vom 1. Juli bis 30 September. Der Miether zahlt am 30. September in gutem Glauben den Miethzins für das dritte Quartal an den Vermiether. Dieser ist zum Nachtheile der Erwerber nach Verhältniß der Zeit ihrer Berechtigung bereichert, und haftet ihnen daher nach demselben Verhältnisse gemäß § 816 Absatz 2.

§ 14. a) §§ 892/3.[107]) Wer ein Recht an einem Grundstücke oder ein Recht an einem solchen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt, hat den Inhalt des Grundbuchs für — nicht gegen — sich, auch wenn er falsch ist, es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt, oder daß nach §§ 894 verb. mit 899 ein Widerspruch eingetragen ist.[108]) Wer ein im Grundbuche eingetragenes Recht durch Rechts-

[105]) Protokolle, S. 1920.

[106]) Protokolle, S. 1941.

[107]) Protokolle, S. 8480—52. 8504—5. Siehe für das Folgende auch Denkschrift, S. 124—6.

[108]) Motive, Bd. 3 S. 208—218. Dem Grundgedanken nach entsprechend Sächs. G.B.

geschäft erwirbt, braucht eine Beschränkung, welche seinem Rechtsvorgänger gegenüber zu Gunsten einer bestimmten Person besteht, nur insoweit gegen sich gelten zu lassen, als sie aus dem Grundbuche ersichtlich oder ihm bekannt ist. Beschränkungen dieser Art bilden insbesondere diejenigen Veräußerungsverbote, welche nur den Schutz bestimmter Personen bezwecken,[109]) soweit deren Eintragung im Grundbuche vorgeschrieben ist.[110]) Als solche sind zu erwähnen: §§ 5 u. 98 d. K.O.,[111]) §§ 19 flg. insbesondere 23 und 146 flg. des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung 2c. vom 24. März 1897,[112]) sowie aus dem Gesetzbuche selbst § 2113[113]) (Verfügungen des Vorerben, durch welche der Nacherbe beeinträchtigt wird) und § 2211[113]) (Verfügung des Erben über einen Gegenstand, welcher der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt). Der Zeitpunkt, welcher für die Kenntniß des Erwerbers maßgebend ist, wenn zum Erwerbe des Rechts die Eintragung gehört,[114]) ist in Absatz 2 angegeben; doch enthält § 23 Absatz 2 Satz 1 des Zwangsversteigerungsgesetzes eine ergänzende Bestimmung. Die Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§§ 1983 flg.) ist im Grundbuche nicht einzutragen. Sie wirkt also für den Immobiliarverkehr nur, wenn der Erwerber des Rechts von ihr Kenntniß erlangt hat. Es handelt sich hierbei allenthalben nur um Rechtsgeschäfte, deren Voraussetzung die Eintragung des Veräußerers ist, also um dingliche Rechtsgeschäfte im Gegensatze zu den obligatorischen Kausalgeschäften, zu deren Wirksamkeit nicht gehört, daß dem Veräußerer das veräußerte Recht wirklich zusteht.[115]) Auch der Mangel des in der Person des Veräußerers vorausgesetzten Rechts muß in dem dinglichen Rechtsgeschäfte begründet sein, auf Grund dessen der Eintrag zu Gunsten des Veräußerers erfolgt ist. Dieses kann von einem Nichtberechtigten (unter Fälschung von Legitimationspapieren u. s. w.), oder von dem Berechtigten, letzterenfalls nichtig oder anfechtbar, vorgenommen sein. Ist die Einigung anfechtbar, so besteht zwar das Recht des Veräußerers, wenn und solange nicht angefochten wird. Es unterliegt aber der condictio indebiti (siehe oben § 7). Der Dritte, welcher die Anfechtbarkeit kennt, muß sie also gegen sich

§§ 278 Abs. 2, 429 Satz 2, 465; siehe auch Grützmann, Lehrbuch, Bd. I S. 149 unter 2 und S. 151 unter II.

[109]) Motive, Bd. 3 S. 215 und Denkschrift S. 124.

[110]) Denkschrift, S. 124 a. E.

[111]) Die Eintragung im Grundbuche soll abweichend von K.O. § 106 für fast alle Fälle reichsgesetzlich vorgeschrieben werden, Anlage II zur Denkschrift unter II § 106.

[112]) Denkschrift zu diesem Gesetze S. 38 flg.

[113]) Motive, Bd. 5 S. 115. Protokolle, S. 6757—60, 6788—90, 6820—28 und Motive Bd. 5 S. 223. Protokolle, S. 7095/97, 7014, 7520, 7542. Das Recht des Nacherben und die Einsetzung des Testamentsvollstreckers sind nach §§ 52, 53 der Grundbuch-O. vom 24. März 1897 von Amtswegen im Grundbuche einzutragen.

[114]) § 892 Abs. 1 Satz 2 ersetzt für den Immobiliarverkehr die allgemeine Vorschrift in § 135 Abs. 2, Planck, B.G.B. zu § 135 S. 188 Ziffer 5 a. E.

[115]) Protokolle, S. 8430 flg.; siehe aber die Ausdehnung des Grundsatzes auf die Forderung unten bei § 15 unter a.

gelten lassen. In beiden Fällen des § 892 Abs. 1 liegen Verfügungen des Nichtberechtigten vor, welche den Berechtigten binden; er hat an sich keine Möglichkeit, das Recht, über welches der Nichtberechtigte verfügt hat, von dem Dritten wiederzuerlangen. Alle dinglichen Ansprüche sind ihm verloren. Mithin ist er regelmäßig auf die Ansprüche gegen den Nichtberechtigten beschränkt, welche u. A. auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung oder auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung gerichtet sein können.[116]) Ansprüche gegen den gutgläubigen Dritten waren im ersten Entwurfe ausgeschlossen, da nur für diesen Fall die Rechtssicherheit im Realverkehre verbürgt sei.[117]) Im Schlußsatze des nachmals gestrichenen § 812 Entwurf II wurde der Bereicherungsanspruch gegen den gutgläubigen Dritten anerkannt, soweit dieser durch Verfügung des Nichtberechtigten ein Recht unentgeltlich erlangt hat. Nach § 816 Abs. 1 Satz 2 gilt dasselbe, soweit der gutgläubige Dritte auf Grund unentgeltlicher Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat. Der dingliche Anspruch bleibt natürlich auch in diesem Falle versagt.[118]) Beispiel: Der gutgläubige X, der von dem eingetragenen Nichteigenthümer schenkungsweise eine Hypothek erhalten hat, haftet dem Eigenthümer, soweit er bereichert ist. Als Rechte an Grundstücken im Sinne des § 892 kommen in Frage: Eigenthum (§ 925), Erbbaurecht (§ 1012), Grunddienstbarkeiten (§ 1018), Nießbrauch an Grundstücken (§ 1031), beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§ 1090), Vorkaufsrecht (§ 1094), Reallasten (§ 1105), Hypothek (§ 1113), Grundschuld (§ 1191), Rentenschuld (§ 1199). Als Rechte an solchen Rechten kommen in Betracht: Nießbrauch (§ 1068) und Pfandrecht (§ 1273). Ausgeschlossen sind Nießbrauch und Pfandrecht am Nießbrauche und an beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2 verb. mit §§ 1059 und 1092).

Wird an denjenigen, für welchen ein Recht dieser Art im Grundbuche eingetragen ist, auf Grund dieses Rechts eine Leistung bewirkt, so gilt zu Gunsten des Leistenden der Eingetragene als der Berechtigte, auch wenn er es nicht ist. Er gilt auch als in der Verfügung über das Recht nur nach Inhalt des Grundbuches beschränkt (§ 893 Fall 1).[119]) Wird zwischen dem eingetragenen Nichtberechtigten und einem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen, durch das über ein Recht dieser Art verfügt wird, ohne daß es der Dritte erwirbt, so gilt zu seinen Gunsten der eingetragene Nichtberechtigte als der Berechtigte. Auch gelten zu seinen Gunsten nur diejenigen Verfügungsbeschränkungen als vorhanden, welche sich aus dem Grundbuche ergeben.[120]) Auch hier kommen nur dingliche, nicht obligatorische Rechtsgeschäfte in Betracht.[121]) Vorausgesetzt ist in den Fällen des

[116]) Motive, Bd. 3 S. 224.

[117]) Motive, Bd. 3 S. 225.

[118]) Protokolle, S. 3448 flg. insbes. S. 3449.

[119]) Protokolle, S. 3452 flg.

[120]) Protokolle, S. 3452.

[121]) Protokolle, S. 3449.

§ 893 guter Glaube im Sinne des § 892 in der Person des Leistenden oder des Dritten.[122]) Im ersteren Falle liegt eine Leistung an einen Nichtberechtigten vor, welche den Berechtigten bindet; der Berechtigte hat also den Bereicherungsanspruch des § 816 Abs. 2 gegen den Nichtberechtigten. Im zweiten Falle sind zu unterscheiden: einseitige Rechtsgeschäfte, die einem Anderen gegenüber vorgenommen werden, und dingliche Verträge. Eine durch Verfügung des Nichtberechtigten vermittelte Bereicherung kann in beiden Fällen vorkommen. Beispiele: Der eingetragene Nichtberechtigte verzichtet auf die Hypothek, sodaß sie der Eigenthümer erwirbt (§ 1168). Der eingetragene Nichtberechtigte hebt die Hypothek durch Vertrag mit dem Eigenthümer auf (§ 1183). Der Bereicherungsanspruch ergiebt sich hier aus § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2, je nachdem entgeltlich verfügt worden war, oder unentgeltlich. Bereichert ist zum Nachtheile des Berechtigten im Falle entgeltlichen Verzichtes oder entgeltlicher Aufhebung der Nichtberechtigte, der für die Aufgabe eines ihm nicht zustehenden Rechts ein Entgelt erhielt, im Falle unentgeltlichen Verzichts oder unentgeltlicher Aufhebung der Eigenthümer. Betreffs der Leistungen sind zu erwähnen: Befriedigung des als Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuld-Gläubiger eingetragenen Nichtberechtigten durch den gutgläubigen Eigenthümer (§§ 1142, 1192, 1200), der nicht persönlicher Schuldner ist.

b) §§ 1155,[123]) 1192,[124]) 1200.[125]) Bei der Briefhypothek, der Grundschuld, der Rentenschuld greift der Schutz der §§ 892/3 auch ein, soweit sich der rechtsgeschäftliche Erwerb ohne Eintragung vollzieht. Wer, ohne Eigenthümer des belasteten Grundstücks zu sein,[126]) von einem nach § 1155 legitimirten Besitzer des Hypothekenbriefs die Hypothek (§ 1154) oder ein Pfandrecht daran (§ 1274 verb. mit § 1154) in gutem Glauben erwirbt, ist also in seinem Erwerbe geschützt, auch wenn der Besitzer des Hypothekenbriefes nicht der Gläubiger ist (§ 892). Wer an einen nach § 1155 legitimirten Besitzer des Hypothekenbriefes eine Abschlagszahlung leistet, wird in deren Höhe befreit, auch wenn der Empfänger nicht der Gläubiger ist. Wer mit einem nach § 1155 legitimirten Besitzer des Hypothekenbriefes die Aufhebung der Hypothek vereinbart, wird von der Hypothek befreit, auch wenn der Briefbesitzer nicht der Gläubiger ist (§ 893). Der Gläubiger hat den Bereicherungsanspruch im ersten und im letzten Falle nach § 816 Abs. 1 Satz 1 bez. Satz 2; im zweiten Falle nach § 816 Abs. 2.

c) §§ 1157,[127]) 1107, 1192 Abs. 1, 1200 Abs. 2. Die Einrede, die dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks auf Grund eines Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger zusteht (z. B. daß abschläglich ge-

---

[122]) Motive, Bd. 3 S. 228.
[123]) Motive, Bd. 3 S. 754, Protokolle, S. 4600.
[124]) Protokolle, S. 4160.
[125]) Motive, Bd. 3 S. 754.
[126]) Motive, Bd. 3 S. 754.
[127]) Protokolle, S. 4440—47.

zahlt sei), kann auch der Pfandklage des neuen Gläubigers entgegengesetzt werden, es sei denn, daß dieser die Hypothek in gutem Glauben erworben hat (entsprechend §§ 1137/8 verb. mit § 1158). Ist Letzteres der Fall, so ist der Eigenthümer auf die Ansprüche gegen den bisherigen Gläubiger, ev. auf die Bereicherungsansprüche nach § 816 Abs. 1 Satz 1 und 2 beschränkt. Die Bestimmung findet Anwendung auf die Theilleistungen aus Reallast, Grundschuld, Rentenschuld.

§ 15. a) § 1138.[128]) Der Schutz des gutgläubigen Dritten aus §§ 892/3 bezieht sich nur auf die Hypothek als solche, nicht auf die Forderung. Durch § 1138 wird dieser Schutz bei der Briefhypothek und bei der Buchhypothek[129]) auch auf die Forderung ausgedehnt; selbstverständlich nur für das dingliche Verhältniß zwischen Hypothekengläubiger und Grundstückseigenthümer[130]), nicht für das Verhältniß zwischen persönlichem Gläubiger und persönlichem Schuldner. Ueber den Ausschluß des guten Glaubens in diesem Falle ist § 1140 zu vergleichen. Die Bedeutung des § 1138 ist also, daß für das dingliche Rechtsverhältniß der Gutgläubige sich auf den Grundbuchsinhalt verlassen kann, auch soweit er die Forderung betrifft.[131]) Insbesondere ist der gutgläubige Erwerber gegen die Einreden geschützt, welche dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks gemäß § 1137 zustehen. Beispiel: A erwirbt in gutem Glauben von B durch Rechtsgeschäft eine diesem an dem Grundstücke des C zustehende Hypothek, deren persönlicher Schuldner D ist. Die hypothekarisch eingetragene Forderung ist zurückgezahlt (§ 1181). C kann diese Einrede gegen die dingliche Klage des A nicht geltend machen. Er ist daher auf die Ansprüche gegen B, insbesondere wegen Schadensersatz oder Bereicherung beschränkt; letzteres, sofern B von A für die Abtretung ein Entgelt erhalten hat (§ 816 Abs. 1 Satz 1). Hat A unentgeltlich erworben, so ist er selbst der Bereicherte, und gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 haftbar. Die entsprechende Anwendung des § 893 kommt nicht in Frage, obwohl dies aus dem Wortlaute des § 1138 zu folgen scheint.

b) §§ 1156,[132]) 1158/9, 1107, 1192 Abs. 2, 1200 Abs. 1. Dem persönlichen Schuldner einer hypothekarisch eingetragenen Forderung stehen dem persönlichen Gläubiger gegenüber die Rechte aus §§ 407/8 zu (siehe oben § 13 unter a). § 1156 Satz 1, der sich indeß nicht auf Sicherungshypotheken bezieht (§ 1185 Abs. 2), besagt, daß diese Bestimmungen für das dingliche Verhältniß zwischen dem Hypothekarier und dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks nicht Platz greift, sondern daß auf dieses Verhältniß nur die §§ 892/3 an-

---

[128]) Protokolle, S. 4438–49. Denkschrift S. 148 flg.

[129]) nicht bei der Sicherungshypothek. § 1185 Abs. 2.

[130]) Motive, Bd. 3 S. 602, 691.

[131]) Grundsätzlich entsprechend Sächs. G.B. § 429 Satz 2, 465 Satz 2, siehe Grützmann, Lehrbuch Bd. I S. 151 unter II.

[132]) Protokolle, S. 4458–60.

zuwenden sind.[133]) Ausnahmsweise erklärt Satz 2 des § 1156 für den Fall der Kündigung § 407 Abs. 1 Fall 2 für anwendbar. Dies gilt für das Hypothekenkapital unbeschränkt (siehe oben § 14 unter a).

Dagegen finden für Hypothekenzinsen und andere Nebenleistungen, welche zur Zeit der Uebertragung bereits fällig waren (§ 1159), auf die Uebertragung selbst, und auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger die allgemeinen Vorschriften über die Uebertragung von Forderungen, insbesondere also §§ 407/8 Anwendung, da die erwähnten Ansprüche von der Hauptforderung losgelöst erscheinen, und das Grundbuch über ihr Bestehen nicht Aufschluß giebt.[134]) Es gilt also hierüber, was oben § 13 unter a) gesagt ist. Beispiel: A hat eine Hypothek sammt rückständigen Zinsen seit 1. April 1897 am 1. Juli 1897 in gutem Glauben erworben. Der Eigenthümer B zahlt diese Zinsen an C, seinen früheren Gläubiger, ohne von der Abtretung zu wissen. B ist der Pfandklage des A gegenüber gemäß § 407 Abs. 1 Fall 1 befreit. A hat den Bereicherungsanspruch gegen C nach § 816 Abs. 2. Das Gleiche gilt für das Rechtsverhältniß zwischen dem Eigenthümer und dem neuen Gläubiger, soweit Hypothekenzinsen und andere Nebenleistungen in Frage kommen, die zwar nach der Uebertragung, aber spätestens in dem Kalendervierteljahre fällig werden, welches auf dasjenige folgt, in dem der Eigenthümer von der Uebertragung Kenntniß erlangt (§ 1158). In beiden Fällen kann sich der Gläubiger gegenüber den vom Eigenthümer aus den §§ 407/8 abgeleiteten Einwendungen nicht auf § 892 berufen. Dagegen gilt § 893 zu Gunsten des Eigenthümers auch betreffs der in §§ 1158/9 erwähnten Zinsen und Nebenforderungen.[135]) Insofern gilt, was oben in § 14 unter a) gesagt ist. Beispiel: Der Eigenthümer zahlt rückständige Zinsen an den im Grundbuche eingetragenen Nichtgläubiger. Der Gläubiger hat gegen Letzteren den Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 2. Alles dies gilt zugleich für die Einzelleistungen aus Reallast, Grundschuld, Rentenschuld.

§ 16. a) §§ 932—936.[136]) Das Eigenthum an beweglichen Sachen wird durch Uebergabe und Einigung übertragen, auch wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer ist, dafern nur der Erwerber den Veräußerer für den Eigenthümer hält, und ohne grobe Fahrlässigkeit halten darf (§ 932 Abs. 1 Satz 1). Die Einigung genügt, wenn der Erwerber bereits vorher den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte (traditio brevi manu, § 932 Abs. 1 Satz 2). Hatte die Uebergabe durch

---

[133]) Motive, Bd. 3 S. 711.

[134]) Motive, Bd. 3 S. 713. Entsprechendes gilt nach Sächs. G.B. §§ 151, 464 verb. mit § 972; siehe Grützmann, Lehrbuch, Bd. I S. 152 unter *a*.

[135]) Motive, Bd. 3 S. 714.

[136]) Motive, Bd. 3 S. 342 flg. Protokolle, S. 3699 flg. Siehe auch für das Folgende Denkschrift S. 132. Entsprechend: H.G.B. Art. 306, 307. Das neue H.G.B. Art. 366 flg. geht über §§ 932 flg. noch hinaus. Grundsätzlich anders Sächs. G.B. § 254. Ausnahmen siehe jedoch in §§ 296, 315 daselbst.

constitutum possessorium stattgefunden, geht das Eigenthum erst über, wenn der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist, durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe, anderenfalls durch Erlangung des unmittelbaren Besitzes von dem Dritten (§ 934). Wann der gute Glaube vorhanden sein muß, ist bei den einzelnen Paragraphen erwähnt. Der Erwerb des Eigenthums tritt auf Grund der angeführten Bestimmungen ausnahmsweise nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen ist, und, falls der Eigenthümer mittelbarer Besitzer war, wenn die Sache dem Besitzer abhanden kam. An Geld, Inhaberpapieren und Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, tritt der Eigenthumserwerb vom Nichteigenthümer auch in diesen Ausnahmefällen ein (§ 935). Es handelt sich mithin um Verfügungen des Nichtberechtigten, die dem Berechtigten gegenüber wirksam sind. Der Berechtigte, dessen Eigenthum unterging, hat — event. neben anderen Ansprüchen — den Bereicherungsanspruch gegen den Nichtberechtigten, welcher verfügt hat (§ 816 Abs. 1 Satz 1)[137]) und, dafern die Verfügung unentgeltlich war, gegen den Dritten, der durch die Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat (§ 816 Abs. 1 Satz 2).[138])

Ist die von einem Nichtberechtigten veräußerte Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, erlischt dies mit dem Erwerbe des Eigenthums, wenn der Erwerber von seinem Bestehen ohne grobes Verschulden nichts wußte;[139]) im Falle des § 929 Absatz 1 Satz 2 (traditio brevi manu) aber nur, wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte; im Falle des § 930 (constitutum possessorium), oder wenn die nach § 931 veräußerte Sache nicht im mittelbaren Besitze des Veräußerers ist, erst nachdem der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt hat. Im Falle des § 935 ist der Erwerb des Eigenthums, und damit zugleich das Erlöschen des Rechtes ausgeschlossen, soweit nicht Absatz 2 einschlägt und soweit in diesem Falle Rechte Dritter in Frage kommen. Im Falle des § 931 erlischt das Recht nicht, wenn es dem dritten Besitzer zusteht. Auch in diesen Fällen kann der Berechtigte, der durch Verfügung des Nichtberechtigten sein Recht an der Sache einbüßt, sich nur an den Nichtberechtigten oder an den Dritten halten, der durch dessen unentgeltliche Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat (§ 816 Absatz 1 Satz 1 und 2). Beispiel: Der Eigenthümer bestellt an seiner Sache einen Nießbrauch nach § 1032. Ein Dritter verkauft oder verschenkt die Sache an X, der von dem Nießbrauche weder weiß, noch wissen muß. Der Nießbraucher ist auf den Bereicherungsanspruch gegen den Dritten oder X beschränkt (§ 816 Absatz 1 Satz 1 oder Satz 2). Gemäß § 926 Absatz 2 finden die Vorschriften in §§ 932—936

---

137) Motive, Bd. 3 S. 350 unter IV.

138) Protokolle, S. 3717.

139) Protokolle, S. 3709—12.

entsprechende Anwendung auf Zubehörstücke eines Grundstückes, die nach Absatz 1 daselbst als mit veräußert zu gelten haben.

b) § 1032.[140]) Auch der Nießbrauch an beweglichen Sachen wird durch Uebergabe und Einigung begründet, wenn der Besteller nicht Eigenthümer ist, dafern ihn nur der Erwerber für den Eigenthümer hält, und ohne grobe Fahrlässigkeit halten darf.[141]) Im Falle des § 929 Absatz 2 (traditio brevi manu) genügt die Einigung, wenn der Erwerber die Sache vom Besteller übergeben erhalten hatte. War zwischen dem Besteller, der nicht Eigenthümer ist, und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart worden, vermöge dessen Letzterer unmittelbarer Besitzer wurde, muß die Uebergabe der Sache nachfolgen. Ist ein Dritter im Besitze der Sache, so erlangt der Erwerber den Nießbrauch, wenn der Besteller mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruches auf Herausgabe, anderenfalls, wenn er den Besitz der Sache vom Dritten erlangt. Der Nießbrauch entsteht nicht, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen war, und, falls der Eigenthümer nur mittelbarer Besitzer war, wenn die Sache dem Besitzer abhanden gekommen war; es sei denn, daß es sich um Geld, Inhaberpapiere, oder Sachen handelt, die im Wege öffentlicher Versteigerung erworben werden (§§ 1032 verb. mit 929—935). Auch in allen diesen Fällen handelt es sich um Verfügungen des Nichtberechtigten, die dem Berechtigten gegenüber wirksam sind. Der Unterschied ist nur, daß der Eigenthümer, indem ein Nichtberechtigter den Nießbrauch bestellt, nicht sein Eigenthum verliert, sondern daß sein Eigenthum blos mit dem Nießbrauche belastet wird. Der Eigenthümer hat also die Ansprüche aus § 816 Abs. 1 Satz 1 und 2, gegen den Besteller oder gegen den Erwerber des Nießbrauchs.

Ist die Sache, an der ein Nichtberechtigter den Nießbrauch bestellt, mit dem Rechte eines Dritten belastet, so erlischt dies nicht mit der Entstehung des Nießbrauchs, sondern dieser geht nur dem Rechte vor (§ 1032 Satz 2 zweite Hälfte und § 936). Im Falle des § 929 Satz 2 (traditio brevi manu) geschieht dies aber nur, wenn der Erwerber den Besitz vom Besteller erlangt hatte. Erfolgte die Bestellung nach § 930, d. h. war zwischen dem Besteller, der nicht Eigenthümer ist, und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart worden, vermöge dessen Letzterer mittelbarer Besitzer wurde (constitutum possessorium), oder war der Besteller des Nießbrauchs an einer Sache, die im Besitze eines Dritten war, nicht mittelbarer Besitzer, so wird der Nießbrauch erst begründet durch Erwerb des Sachbesitzes auf Grund der Bestellung; war er dagegen mittelbarer Besitzer, durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe. Im Falle des § 935 Abs. 1 ist die Entstehung des Nießbrauchs, also zugleich die Entstehung seines Vorranges vor dem Rechte

---

[140]) Protokolle, S. 4060—2.

[141]) anders Motive, Bd. 3 S. 496, welche die Ausdehnung der Grundsätze der §§ 932 flg. auf den Nießbrauch für unnöthig erklären, weil dieser nicht Verkehrsobjekt sei.

eines Dritten ausgeschlossen; nicht dagegen in den Fällen, welche Absatz 2 dieses Paragraphen behandelt. Hier handelt es sich also allenthalben darum, daß der Berechtigte die Benachtheiligung gelten lassen muß, welche in dem Vorrange des durch einen Nichtberechtigten bestellten Nießbrauchs vor seinem Rechte liegt, und daß er darauf angewiesen ist, zur Beseitigung dieses Nachtheils den Besteller oder den Erwerber nach § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 in Anspruch zu nehmen.

c) §§ 1207/8.[142]) Ingleichen entsteht ein Pfandrecht an einer nicht dem Verpfänder zu Eigenthum gehörigen Sache durch Uebergabe und Einigung, wenn der Erwerber, ohne sich grober Fahrlässigkeit schuldig zu machen, den Verpfänder für den Eigenthümer hält. Hat der Erwerber den Besitz der Sache vom Verpfänder erlangt, genügt Einigung mit dem Verpfänder (traditio brevi manu). Die Uebergabe einer im mittelbaren Besitze des Verpfänders befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, daß der Verpfänder den mittelbaren Besitz auf den Erwerber überträgt, und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt. Die Uebergabe durch constitutum possessorium ist ausgeschlossen. Doch genügt an Stelle der Uebergabe die Einräumung des Mitbesitzes durch den Verpfänder, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Erwerbers befindet, oder, falls sie im Besitze des Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigenthümer und den Erwerber gemeinschaftlich erfolgen kann. Ausgeschlossen ist die Entstehung des Pfandrechts im Falle des § 935 Abs. 1, außer wenn Abs. 2 daselbst einschlägt (§§ 1207 verb. mit 1205, 1206 und 932, 934, 935, NB. nicht 933). Der Eigenthümer, der die Belastung seiner Sache mit dem Pfandrechte gelten lassen muß, hat den Bereicherungsanspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 gegen den Verpfänder oder gegen den Erwerber des Pfandrechts.

Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so geht das durch einen Nichtberechtigten bestellte Pfandrecht diesem Rechte vor, wenn der Erwerber das Bestehen dieses Rechtes ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kannte. Die Einigung genügt zur Entstehung des Pfandrechts und damit zugleich des Vorranges nur, wenn der Erwerber den Besitz der Sache vom Besteller erhielt. §§ 1205 Abs. 2 und 1206 schlagen ebenfalls ein. Da die Entstehung des Pfandrechts im Falle des § 935 Abs. 1 mit den in Abs. 2 daselbst ersichtlichen Ausnahmen ausgeschlossen ist, gilt das Gleiche von der Entstehung des Vorranges. Steht das Recht im Falle des § 1205 Abs. 2 dem dritten Besitzer zu, entsteht der Vorrang ebenfalls nicht (§ 1208). In diesen Fällen muß der Berechtigte wegen der durch die Begründung des Vorranges entstehenden Benachtheiligung den Verpfänder oder den Erwerber nach §§ 816 Abs. 1 Satz 1 oder 2 auf die Bereicherung in Anspruch nehmen.[143])

---

[142]) Motive, Bd. 3 S. 802 unter 4. Protokolle, S. 4160/1. S. 4183.
[143]) Motive, Bd. 3 S. 806 unter 3.

d) § 1244[144]) verb. mit §§ 1233 flg., §§ 1262 u. 1272.[145]) Wird eine bewegliche Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht, oder den Erfordernissen genügt wird, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt (§§ 1228 Abs. 2, 1230 Abs. 2, 1235, 1237 Satz 1, 1240), so erlangt der Erwerber an sich nicht Eigenthum. Dies ist dennoch der Fall, wenn der Pfandgläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigenthümer erlangt hat, und die Veräußerung nach den Vorschriften über den Verkauf einer gepfändeten Sache geschieht (§ 1233 Abs. 2), oder wenn die Veräußerung in öffentlicher Versteigerung, bez., wenn der Gegenstand einen Börsen- oder Marktpreis hat, gemäß § 1221 geschieht (§ 1235), oder endlich, wenn Gold- und Silbersachen, nachdem ein genügendes Gebot nicht abgegeben worden ist, durch eine zu öffentlicher Versteigerung befugte Person aus freier Hand zum Metallwerthe überlassen werden (§ 1240 Abs. 2). Vorausgesetzt ist jedoch, daß der Erwerber das Vorhandensein dieser Mängel nicht kennt, und ihn deshalb nicht der Vorwurf grober Fahrlässigkeit trifft. Beispiel: Ein K. S. Notar überläßt Goldsachen, nachdem im Wege öffentlicher Versteigerung ein genügendes Gebot nicht erzielt worden ist, aus freier Hand für den Metallwerth zu Eigenthum (Notariats-Ordn. vom 5. September 1892 § 1). Der gutgläubige Erwerber wird Eigenthümer, auch wenn der angebliche Pfandgläubiger kein Pfandrecht besaß, oder wenn dies zwar der Fall, aber im Uebrigen den Vorschriften, von denen die Rechtmäßigkeit der Veräußerung abhängt, nicht genügt ist. Ingleichen erlöschen bei Veräußerung eines Pfandes Rechte Dritter, wenn der Erwerber, ohne daß ihn der Vorwurf grober Fahrlässigkeit trifft, das Bestehen solcher Rechte, und das Nichtbestehen des Pfandrechts, oder den Mangel der essentiellen Veräußerungsmodalitäten nicht kennt. Von diesen Sätzen gilt keine Ausnahme, wenn die als Pfänder veräußerten Sachen gestohlen, verloren, oder sonst abhanden gekommen waren.[144]) Da die Pfandveräußerung nicht unentgeltlich geschieht, kommt ein Bereicherungsanspruch nicht gegen den Erwerber, sondern nur gegen den Veräußerer in Frage. Dieser Anspruch steht dem Eigenthümer zu, dessen Sache veräußert wird, wenn kein Pfandrecht bestand, und wenn mehr Pfänder verkauft wurden, als zur Befriedigung des Gläubigers nöthig waren; nicht dagegen in den übrigen Fällen, insbesondere nicht wegen vorzeitigen Pfandverkaufs (§ 1228 Abs. 2), weil nach § 813 Abs. 2 Zwischenzinsen nicht vergütet werden. Dem Berechtigten, dessen Recht am Pfande untergeht, steht der Bereicherungsanspruch zu, sofern der Veräußerer für die unbelastete Sache mehr erhält, als er für die belastete Sache erhalten würde.

Ein Pfandrecht an einem Schiffe — oder an einer Schiffspart — das im Schiffsregister zu Unrecht gelöscht worden ist, erlischt nach §§ 1262, 1272, wenn das Eigenthum am Schiffe übertragen wird, und der Erwerber bezüglich des Nichtbestehens des Pfandrechts in gutem Glauben ist. Ist ein Pfandrecht an einem

[144]) Motive, Bd. 3 S. 831/2. Denkschrift, S. 231/4.

[145]) Motive, Bd. 3 S. 846 flg. Denkschrift, S. 234 flg.

Schiffe — oder an einer Schiffspart — zu Unrecht gelöscht worden, so erlangt ebenmäßig der Erwerber eines diesem im Range nachstehenden Pfandrechts, der in gutem Glauben ist, für sein Recht den Rang vor dem zu Unrecht gelöschten Pfandrechte. Auch in diesen Fällen sind Bereicherungsansprüche des Eigenthümers oder des Berechtigten denkbar, welche sich gegen den Veräußerer oder gegen den Erwerber richten, je nachdem die Veräußerung entgeltlich oder unentgeltlich stattfand (§ 816 Abs. 1 Satz 1 und 2). Unter gutem Glauben ist in den zuletzt erwähnten Fällen Unkenntniß davon zu verstehen, daß das Pfandrecht zu Unrecht im Schiffsregister gelöscht wurde. Und diese Unkenntniß darf, da das Schiffspfandrecht Mobiliarpfandrecht ist, nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen.

e) Die unter a—c erwähnten Vorschriften finden entsprechende Anwendung in folgenden Fällen: § 135.[146]) Das Eigenthum an beweglichen Sachen geht durch Uebergabe und Einigung über, auch wenn ein gesetzliches Veräußerungsverbot besteht, welches nur den Schutz einer bestimmten Person bezweckt, wenn nur der Erwerber das Veräußerungsverbot nicht kennt, ohne daß ihm dies zu grober Fahrlässigkeit gereicht. Ingleichen entsteht ein Recht an der beweglichen Sache durch Uebergabe und Einigung, auch wenn dadurch gegen ein relatives gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßen wird; dafern der Erwerber dieses ohne grobe Fahrlässigkeit nicht kennt. Auch in diesem Zusammenhange ist auf K.O. §§ 5 und 98, §§ 19 flg., insbesondere §§ 23, 146 flg., 148 des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897 und auf §§ 2113, 2211 des Gesetzbuchs, sowie überdies auf §§ 1983 flg. daselbst zu verweisen. Derjenige, zu dessen Schutz das Veräußerungsverbot gereichen sollte, ist auf die Bereicherungsansprüche des § 816 Abs. 1 beschränkt, und zwar haftet ihm der Verfügende bei entgeltlicher, der gutgläubige Dritte bei unentgeltlicher Verfügung. §§ 161, 163.[147]) Ist über eine bewegliche Sache unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung verfügt worden, und hat der Verfügende oder derjenige, dessen Recht mit Eintritt der Bedingung sich erledigt, während der Schwebezeit so über die Sache verfügt, daß dadurch die von der Bedingung abhängige Wirkung vereitelt wird, so wird der Dritte, seinen guten Glauben vorausgesetzt, gemäß der eingangserwähnten Bestimmungen gegenüber demjenigen geschützt, zu dessen Gunsten der Eintritt der Bedingung gereichen sollte, und Letzterer ist auf die Bereicherungsansprüche nach § 816 Abs. 2 beschränkt. Beispiele: A tradirt eine Sache unter einer aufschiebenden Bedingung dem B zum Nießbrauch. Während die Bedingung schwebt, geräth die Sache durch Zufall in seinen Besitz zurück, und er tradirt sie dem C unbedingt zu Eigenthum. C wird Eigenthümer und der Nießbrauch kann ihm gegenüber nicht ausgeübt werden, falls ihm die bedingte Verfügung ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt war. A tradirt die Sache dem B unter auflösender Be-

---

[146]) Motive, Bd. 1 S. 213. Protokolle, S. 258—60.
[147]) Motive, Bd. 1 S. 261. Protokolle, S. 371/2.

dingung zu Eigenthum. B bestellt für C Nießbrauch daran. Weiß C ohne grobe Fahrlässigkeit nicht, daß das Eigenthum des B auflösend bedingt ist, wird er im Nießbrauche auch gegen A geschützt. Nach § 163 gilt Entsprechendes, wenn unter Bestimmung eines Anfangs- oder Endtermins verfügt wurde.

f) § 851.[148]) Wird wegen Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache Ersatz an denjenigen geleistet, in dessen Besitz (§ 854) sich die Sache befand, als sie entzogen oder beschädigt wurde, ohne daß der Leistende weiß, oder aus grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß der Besitzer weder Eigenthum, noch ein sonstiges Recht an der Sache hatte, ist der nichtberechtigte Empfänger zum Nachtheile des Eigenthümers oder sonst Berechtigten im Sinne des § 816 Abs. 2 bereichert.

§ 17. a) §§ 2366/7.[149]) Erwirbt Jemand von demjenigen, welcher in einem Erbscheine als Erbe bezeichnet wird, durch Rechtsgeschäft einen Erbschaftsgegenstand, ein Recht an einem solchen, oder die Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Rechte, so gilt zu seinen Gunsten der Inhalt des Erbscheins als richtig, sofern angenommen wird, daß der im Erbscheine bezeichneten Person das angegebene Erbrecht zustehe, und daß sie nicht durch andere als die darin angegebenen Anordnungen beschränkt sei; falls er nicht die Unrichtigkeit kennt, oder weiß, daß das Nachlaßgericht den Erbschein als unrichtig zurückverlangt hat (§ 2366 entsprechend § 892 Satz 1). Es handelt sich hier nur um Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß der Verfügende wirklich Erbe ist. Doch betrifft die Vorschrift in gleicher Weise bewegliche und unbewegliche Sachen. Kenntniß vom Bestehen des Erbscheins wird in der Person des Dritten nicht erfordert. Dem wahren Erben haftet hiernach der angebliche Erbe nach § 816 Abs. 1 Satz 1; bei unentgeltlichen Verfügungen der Empfänger gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2. Beispiel: Der gesetzliche Erbe hat einen Erbschein erhalten, weil das vom Erblasser gemäß § 2231 Nr. 2 errichtete Privattestament dem Nachlaßgerichte nicht bekannt geworden ist, was unter Umständen ohne Verschulden des gesetzlichen Erben geschehen kann. Der gesetzliche Erbe hat erbschaftliche Gegenstände theils entgeltlich, theils unentgeltlich zu Eigenthum übertragen. Der im Testamente eingesetzte Erbe hat nicht den Erbschaftsanspruch nach §§ 2018 flg., sondern nur den Bereicherungsanspruch gegen den gesetzlichen Erben, oder gegen den gutgläubigen Erwerber, falls dieser unentgeltlich erworben hatte.

Wird an denjenigen, welcher in einem Erbscheine als Erbe bezeichnet ist, auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts eine Leistung bewirkt, oder wird zwischen ihm und einem Anderen in Ansehung eines zur Erbschaft gehörenden

[148]) Protokolle, S. 1792—4.

[149]) Motive, Bd. 5 S. 567 flg. Protokolle, S. 7787—97. Denkschrift, S. 308. Grundsätzlich übereinstimmend Sächs. G.B. § 2322, jedoch unter Beschränkung auf entgeltliche Rechtsgeschäfte.

Rechts ein ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen, das eine Verfügung darüber enthält, ohne daß es der Andere erwirbt, so gilt zu Gunsten des Leistenden, oder desjenigen, welchem gegenüber, oder mit welchem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird, der Inhalt des Erbscheins insofern als richtig, als angenommen wird, daß dem im Erbscheine Genannten das darin angegebene Erbrecht zustehe, und daß er nicht durch andere als die darin erwähnten Anordnungen beschränkt sei; es sei denn, daß er die Unrichtigkeit kennt, oder weiß, daß das Nachlaßgericht den Erbschein als unrichtig zurückverlangt hat (§ 2367 entsprechend § 893). Die erwähnten Rechtsgeschäfte können sich auch in diesem Falle auf bewegliche und unbewegliche Sachen beziehen; doch kommen nur solche Rechtsgeschäfte in Frage, bei welchen es darauf ankommt, daß der Verfügende Erbe ist. Es gilt im Falle der Leistung § 816 Abs. 2, im Falle des Rechtsgeschäfts § 816 Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2, je nachdem entgeltlich verfügt wurde oder unentgeltlich.

b) § 2368.[150]) Auf das Zeugniß, welches das Nachlaßgericht auf Verlangen dem Testamentsvollstrecker ertheilt, finden die Vorschriften über den Erbschein, — insbesondere §§ 2366/7 — entsprechende Anwendung. Es gilt also zu Gunsten des gutgläubigen Dritten die im Scheine bezeichnete Person als Testamentsvollstrecker, auch wenn sie es nicht ist, der — wirkliche oder vermeintliche — Testamentsvollstrecker nur als durch diejenigen Anordnungen in der Verwaltung des Nachlasses beschränkt, die darin angegeben sind (z. B. § 2208), und als in der Eingehung von Verbindlichkeiten nicht beschränkt, wenn das Zeugniß dies besagt (§ 2366); auch soweit solche Angaben unzutreffend oder lückenhaft sind. Hiernach erscheinen Ansprüche des Erben aus ungerechtfertigter Bereicherung auch in diesen Fällen nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Doch werden sie in der Praxis kaum vorkommen: Der wahre Testamentsvollstrecker hat gemäß §§ 2218 verb. mit 667 wie ein Beauftragter alles, was er aus der Geschäftsführung erlangt, an den Erben herauszugeben. Und wenn die im Zeugnisse fälschlich als Testamentsvollstrecker bezeichnete Person in gutem Glauben handelt, haftet sie ebenmäßig nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 681 verb. mit 667). Handelt aber der angebliche Testamentsvollstrecker in bösem Glauben, so haftet er nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen auf Schadenersatz (§ 848). Unentgeltliche Verfügungen endlich sind nach § 2205 Satz 2 nur in Frage, soweit sie einer sittlichen Pflicht, oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. In diesen Fällen wird man aber den Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger gemäß § 534 ausschließen müssen.

c) § 1507. Die Vorschriften über den Erbschein finden weiter auf das Zeugniß entsprechende Anwendung, das vom Nachlaßgerichte dem überlebenden Ehegatten auf Antrag über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auszustellen ist. Ueber den Inhalt dieses Zeugnisses sagt das Gesetz Näheres nicht. Es wird aber

[150]) Im ersten Entwurfe noch nicht enthalten. Protokolle, S. 7039—41, S. 7791—7.

jedenfalls besagen müssen, daß und mit welchen Abkömmlingen der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft fortsetze, und inwiefern gemäß §§ 1511—1517 besondere Bestimmungen getroffen seien. Dem Dritten, der die Unrichtigkeit des Zeugnisses nicht kennt, oder nicht weiß, daß das Nachlaßgericht das Zeugniß als unrichtig zurückverlangt hat, steht mithin den Inhalt des Zeugnisses als richtig und vollständig zur Seite, wenn er durch Rechtsgeschäft einen zum Gesammtgute gehörigen Gegenstand, ein Recht an einem solchen Gegenstande, oder die Befreiung von einem solchen Rechte erwirbt; auf Grund eines zum Gesammtgute gehörenden Rechts eine Leistung bewirkt, oder wenn zwischen ihm und dem überlebenden Ehegatten in Ansehung eines solchen Rechts ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird, das eine Verfügung darüber enthält, ohne daß er das Recht oder die Befreiung davon erwirbt (§§ 2366/7). Veräußert also der überlebende Ehegatte entgeltlich eine bewegliche Sache, die zum Gesammtgute gehört, so wird der Erwerber Eigenthümer (§§ 1443 und 1445), auch wenn der verstorbene Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach § 1509 gültig ausgeschlossen hatte. Das Gleiche gilt, wenn eine zum Gesammtgute gehörende Forderung an den überlebenden Ehegatten bezahlt wird. Der Erbschaftsanspruch gegen den Dritten ist ausgeschlossen. Unter den Erben findet aber in erster Linie der Auseinandersetzungsanspruch statt, denn was der überlebende Ehegatte von dem Dritten erhielt, wurde gemäß § 2041 Bestandtheil des Nachlasses. Macht aber beispielsweise der überlebende Ehegatte mit Zustimmung der im Zeugnisse erwähnten Abkömmlinge eine Schenkung (§ 2046), so muß ein antheilsberechtigter Abkömmling, der im Zeugnisse nicht erwähnt ist, diese Schenkung zwar dem gutgläubigen Erwerber gegenüber als solche gelten lassen; dieser haftet ihm aber auf die Bereicherung, soweit er auf seine Kosten durch die Schenkung unmittelbar einen rechtlichen Vortheil erlangt hat (§ 816 Abs. 1 Satz 2).

d) § 2370.[151]) Hat eine für todt erklärte Person den angenommenen Zeitpunkt des Todes überlebt, so gilt in Ansehung der in den §§ 2366/7 bezeichneten Rechtsgeschäfte zu Gunsten des Dritten der vermeintliche als der wirkliche Erbe, auch ohne Ertheilung eines Erbscheins. Es sei denn, daß der Dritte die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennt, oder weiß, daß diese infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben ist. Hier gilt also für die Bereicherungsansprüche des wirklichen Erben gegen den vermeintlichen Erben und gegen den gutgläubigen Dritten allenthalben, was oben unter a zu §§ 2366/7 gesagt ist.*)

---

[151]) Motive, Bd. 5 S. 599 flg. Protokolle, S. 7858—60.

*) Die vorstehenden Ausführungen, insbesondere diejenigen unter B. 5. erheben nicht den Anspruch, die möglicherweise einschlagenden Vorschriften des Gesetzbuches vollständig aufzuführen, — z. B. könnten als solche §§ 169 flg., und §§ 1435 flg. in den Kreis der Untersuchung gezogen werden —; vielmehr sind in erster Linie solche Fälle berücksichtigt worden, auf welche die Protokolle 2. Lesung besonders Bezug nehmen.

Die zweite Lesung des Entwurfs eines deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Vom Justizrath Dr. Grützmann in Dresden.

(Fortsetzung: §§ 1106 bis 1144; 1051 bis 1061.)

Die Briefhypothek entsteht nach § 1106 des Entwurfs nur durch besondere Vereinbarung; so lange solche nicht getroffen wird, ist die Hypothek Buchhypothek. Die Kommission hat den überaus wichtigen Beschluß gefaßt, das Verhältniß umzukehren: Die Hypothek ist immer Briefhypothek, wenn nicht besonders vereinbart worden ist, daß kein Brief ertheilt werden soll. Man hat sich hierfür auf das in dem größeren Theile des Reichs geltende Recht sowie darauf bezogen, daß in Preußen nur selten auf den Brief verzichtet werde und sich hieraus keine Mißstände ergeben hätten (B.G.B. § 1116).

Nach dem Entwurfe stand die Vereinbarung, einen Hypothekenbrief ertheilen zu lassen, unter den Grundsätzen vom dinglichen Vertrage. Insbesondere war sie nur wirksam, wenn sie im Grundbuche eingetragen war. Die Kommission wollte ursprünglich den Verzicht auf den Brief auch ohne Eintrag gelten lassen; nur durch Ordnungsvorschrift sollte der Eintrag vorgesehen werden. Nachträglich aber hat die Kommission das geändert: Der Eintrag ist wesentlich. Es soll dadurch vermieden werden, daß der Verzicht dem Grundbuchamt unbekannt bleibt und mithin der Brief trotz des Verzichts ertheilt wird, vielleicht gar in Umlauf kommt.

Bevor die Kommission den Beschluß faßte, die Regel des Entw. über das Verhältniß der Briefhypothek zur Buchhypothek umzukehren, hatte sie beschlossen, in den Entw. eine Bestimmung einzuschalten, wonach die Eigenthümerhypothek durch Bestimmung des Eigenthümers zur Briefhypothek werden sollte. Es fragt sich, ob diesem Beschlusse bei der inzwischen veränderten Sachlage der Sinn beizulegen sei, daß die Eigenthümerhypothek durch Bestimmung des Eigenthümers aus einer Briefhypothek zur Buchhypothek werden könne. Die Redaktionskommission hat das nicht so angesehen; das B.G.B. enthält keine derartige Vorschrift. Dennoch wird eine solche Befugniß des Eigenthümers angenommen werden können; dieser ist, wenn auch nicht in Wirklichkeit, so doch nach einer gesetzlichen Fiktion zugleich Pfandgläubiger und Pfandschuldner; er vereinigt also die beiden Personen in sich, deren Einverständniß zur Begründung der Buchhypothek nöthig ist. Die Kommission hat ihren Beschluß als einen „wesentlich redaktionellen" aufgefaßt (S. 4569 Zeile 6). Das beruht jedenfalls auf der Vorstellung einer Vereinigung der beiden Personen. Diese Vorstellung wird für das Bürgerliche Gesetzbuch noch dadurch erleichtert, daß die Einigung der beiden Personen nicht mehr, wie in § 1106 des Entw., als Vertrag bezeichnet wird (B.G.B. § 1116 Abs. 2 Satz 3; vgl. oben 1894 S. 589 Abs. 2).

Nach § 1107 des Entw. kann die Briefhypothek durch Einigung der Parteien wieder in eine Buchhypothek verwandelt werden. Die Kommission hat sich darüber geeinigt, daß der Verzicht auf den Hypothekenbrief nicht nur von vornherein vereinbart werden könne, sondern auch nachträglich, nach der Ertheilung des Briefs. Die Entschließung darüber, ob das ausdrücklich im Gesetze zu sagen sei, hat sie der Redaktionskommission überlassen, und von dieser ist eine solche Vor-

schrift aufgenommen worden (B.B.B. § 1116 Abs. 2 Satz 2). Die Gesammtkommission selbst aber hat beschlossen, daß auch der ursprüngliche Verzicht auf Ertheilung des Briefes nachträglich wieder solle aufgehoben werden können, und daß auch diese Einigung der Parteien des Eintrags bedürfe (B.G.B. § 1116 Abs. 3).

So hat die Kommission das Verhältniß der Briefhypothek zur Buchhypothek gänzlich geändert. Sie hat aber auch ferner mancherlei an der Briefhypothek selbst umgestaltet. Das soll an der Hand der fünf Grundsätze gezeigt werden, von denen die Briefhypothek nach dem Entwurfe beherrscht wurde und deren innerer Zusammenhang früher (1897 S. 722) gezeigt worden ist: Erstens, zur Uebertragung der Briefhypothek genügt neben der gerichtlich oder notariell beglaubigten Abtretungserklärung[1]) die Uebergabe des Briefs; zweitens, wer die Briefhypothek so erwirbt, kann sich auf das Grundbuch berufen; drittens, der Brief soll völlige Auskunft über die Rechtslage der Hypothek geben, und daher nichts Erhebliches in das Buch kommen, ohne zugleich auf dem Briefe vermerkt zu werden, ja bei der Uebertragung soll die Eintragung in das Buch ohne die Uebergabe des Briefs unwirksam sein; viertens, hinsichtlich der Uebertragung der Hypothek wird dem Inhaber des Briefs der Inhalt der Abtretungsurkunden gewährleistet; fünftens, jeder Hypothekengläubiger, auch derjenige, in dessen Person die Briefhypothek entstanden ist, bedarf zu deren Geltendmachung des Briefes.

Der erste dieser fünf Grundsätze, also daß zur Uebertragung der Briefhypothek neben der gerichtlich oder notariell beglaubigten Abtretungserklärung die Uebergabe des Briefs genüge, war im § 1112 des Entw. ausgesprochen. Die Kommission hat hieran Wichtiges geändert. Einmal soll zwar nicht die Uebergabe des Briefs, wohl aber die Abtretungserklärung durch Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch ersetzt werden können; es genüge, daß das Grundbuchamt nach der Grundbuch-Ordn. (jetzt § 62) die Eintragung auf dem Briefe zu vermerken habe. Sodann ist von der gerichtlichen oder notariellen Beglaubigung der Abtretungserklärung abgesehen worden; d. h. die Beglaubigung soll zur Uebertragung nicht mehr nöthig sein, es soll vielmehr die einfache Schriftform ausreichen. Diese Form sei in Preußen und Mecklenburg gültig; sie sei ebendort auch gebräuchlich, namentlich wenn Hypotheken zur Sicherung solcher Darlehne abgetreten würden, die man zur Befriedigung dringender Bedürfnisse auf kürzere Zeit aufnehme. Das gesetzliche Verlangen öffentlicher Beglaubigung enthalte daher eine unzweckmäßige Bevormundung der Parteien. Auch gehe der Entwurf jedenfalls darin zu weit, daß er gerichtliche oder notarielle Beglaubigung fordere; denn nach der Grundbuch-Ordnung (§ 29) genüge sogar zur Umschreibung im Grundbuche jede öffentliche Beglaubigung. — Da jedoch die öffentliche Beglaubigung zur Legitimation des Briefbesitzers nöthig bleibt, so hat dieser einen Anspruch darauf erhalten; er soll auch, anders als nach dem allgemeinen Grundsatze im B.G.B. § 403 Satz 2, vom Abtretenden den Ersatz der Beglaubigungskosten fordern können (B.G.B. § 1154 Abs. 1 Satz 2). — Den § 1113 des Entw. will die Kommission in die C.P.O. versetzt haben.

Der zweite Grundsatz, daß sich jeder, der die Briefhypothek durch Uebergabe des Briefs erwirbt, auf das Grundbuch berufen könne, bedurfte nach dem Entwurfe keiner besonderen Festsetzung. Denn die Rechtsvermuthung, die zu Gunsten der Richtigkeit der Grundbuchseinträge besteht (Entw. § 826), begünstigt nur denjenigen,

---

[1]) Abtretungserklärung, nicht Abtretung; denn die Annahmeerklärung des Erwerbers bedarf keiner Beurkundung (Motive III S. 749 Abs. 4 a. E.)

zu dessen Gunsten ein Recht eingetragen ist. Sie kommt auch nur für den in Betracht, in dessen Person das eingetragene Recht entstanden ist, denn dem späteren Erwerber ist sie wegen des viel stärkeren Schutzes seines guten Glaubens entbehrlich. Für denjenigen also, der die Briefhypothek durch Uebergabe des Briefs erworben hatte, war sie ohne Bedeutung. Weiter aber wird der mit dem Grundbuche verbundene Schutz des gutgläubigen Erwerbs jedem gewährt, der ein Recht an einem Grundstücke oder an einem eingetragenen Rechte durch Rechtsgeschäft erwirbt; ob sein Erwerb eingetragen wird oder nicht, ist unerheblich (Entw. §§ 837, 838; B.G.B. §§ 892, 893); dieser Vortheil also fällt dem Erwerber der Briefhypothek schon kraft des allgemeinen Grundsatzes zu. Wenn daher im Entwurfe gesagt war, daß die Abtretung der Hypothek, die von dem gehörig legitimirten Inhaber des Briefs erklärt werde, dieselben Wirkungen haben sollte, wie wenn dieser eingetragen wäre (§ 1114), so sollte darin nicht die Zulassung der Berufung auf das Grundbuch liegen; es lag vielmehr darin die Zulassung der Berufung auf die Abtretungserklärungen der Vormänner (Motive S. 753 Abs. 2). Davon soll später die Rede sein. Hinsichtlich der Zulassung der Berufung auf das Buch aber ist, wenn sich auch nichts geändert hat, dennoch ein Punkt hervorzuheben. Wie schon bemerkt wurde, hat die Kommission die Erfordernisse der Uebertragung der Briefhypothek insofern vereinfacht, als sie an Stelle der gerichtlich oder notariell beglaubigten Abtretung die schriftliche Abtretung gesetzt hat. Es entsteht die Frage, ob sich derjenige, der nur schriftlich, oder nicht in öffentlich beglaubigter Form abgetreten erhalten hat, auf das Buch berufen könne. Darauf ist zu antworten: Er kann das nach wie vor insoweit, als ihm die allgemeinen Regeln des Grundbuchrechts zur Seite stehen. Er hat die Briefhypothek durch Rechtsgeschäft erworben; folglich kann er sich auf § 892 flg. des B.G.B.'s berufen. Das ist nach dem B.G.B. noch gewisser richtig, als nach dem Entwurfe. Denn bei der Revisionslesung hat sich die Kommission ausdrücklich mit der Frage befaßt, und sie ist darüber einig gewesen, daß der § 1155 des B.G.B.'s den § 892 in keiner Weise einschränke, sondern ihn lediglich erweitern solle. Gegen die Wirkungen der Bezahlung der hypothekarischen Forderung sei mithin der Erwerber auch ohne die Voraussetzungen des § 1155 geschützt, also schon dann, wenn ihm nur in einer Privaturkunde abgetreten worden sei; der in § 1155 vorgesehenen öffentlichen Beglaubigung bedürfe er nur, wenn er Schutz gegen die Wirkungen einer früheren gültigen Abtretung beanspruche, die nicht im Buche stehe (S. 8613—8615).

Der dritte Grundsatz, wonach der Brief verbunden mit den dazu gehörigen Urkunden völlige Auskunft über die Rechtslage der Hypothek geben soll (Entwurf § 1107 Anm. 1 unter II, § 1112 Abs. 1 Satz 1), ist in einer Hinsicht unverändert geblieben: Wie nach dem Entwurfe, so ist auch nach dem B.G.B. zur Uebertragung der Briefhypothek die Uebergabe des Briefs nicht nur neben der Umschreibung ausreichend, sondern dergestalt erforderlich, daß sie durch die Umschreibung nicht ersetzt werden kann (B.G.B. § 1154). Wer die Hypothek durch Uebergabe des Briefs übertragen erhält, braucht mithin nicht zu fürchten, daß sie einem Dritten durch Umschreibung im Buche übertragen worden sein könnte. Ja, selbst wenn eine solche Umschreibung erfolgt und ihm bekannt wäre, brauchte er sich nicht darum zu kümmern; sie würde nichtig sein.

Anders steht es mit der Auskunft, die der Brief über die sonstige Rechtslage der Hypothek giebt. Im Entwurfe (Anm. 1 unter II zu § 1107) war für die Grundbuch-Ordn. eine Vorschrift dahin in Aussicht genommen, daß ausnahmslos ein Eintrag, der sich gegen das Recht des eingetragenen Gläubigers richte, nur unter

Vorlegung des Briefs wirksam beantragt werden könne, und daß der Eintrag auf dem Briefe zu vermerken sei. Der Entwurf der Grundbuch-Ordn. (§ 31) hat sich aber etwas anders gehalten. Zunächst hat er die Regel erweitert; er spricht nicht von Eintragungen, die sich gegen das Recht des eingetragenen Gläubigers richten, sondern von solchen, die das Recht des Gläubigers einer Briefhypothek — also auch das Recht des späteren Erwerbers — beeinträchtigen. Auf der anderen Seite läßt er aber zwei Ausnahmen zu: Einmal eine ganz unbedenkliche dann, wenn der Zinsfuß einer vorgehenden Hypothek oder Grundschuld auf fünf vom Hundert erhöht wird (oben 1896 S. 753 letzter Absatz); sodann aber eine wichtigere für den Fall, daß eine Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung oder sonst auf Grund gerichtlicher Anordnung (Grundbuch Ordn. § 42) eingetragen werden soll. Die zweite Ausnahme wird damit begründet, daß der Ausbringer der Vormerkung den Inhaber des Briefs häufig nicht kenne und, wenn er ihn kenne, häufig nicht zur Vorlegung des Briefs zu nöthigen vermöge. Der zweite Grund ist inzwischen durch § 896 des B.G.B.'s erheblich abgeschwächt worden. Die Kommission hat denn auch die Ausnahme eingeschränkt; diese soll nur gelten, wenn sich der Widerspruch — wie jetzt statt Vormerkung zu sagen ist (vgl oben 1894 S. 597 Abs. 1) — gegen den Bestand der Hypothek richtet, also nicht gegen deren Uebertragung. Dem Widerspruch soll ein Veräußerungsverbot gleichstehen, das zu Gunsten einer bestimmten Person besteht. Es soll also Folgendes gelten: zur Eintragung eines Widerspruches bedarf es der Vorlegung des Briefs, wenn der Uebergang der Hypothek auf den Besitzer des Briefs bestritten wird; zur Eintragung eines Veräußerungsverbots ist die Vorlegung des Briefs nöthig, wenn sich dieses gegen den Besitzer des Briefs richtet und zu Gunsten bestimmter Personen gereicht; ebenso ist die Vorlegung immer nöthig, wenn der Widerspruch oder das Veräußerungsverbot auf Bewilligung des Gläubigers eingetragen werden soll. In den andern Fällen bleibt es bei der Ausnahme. Wird also behauptet, die Hypothek sei ungültig eingetragen, so kann der gerichtlich angeordnete Widerspruch ohne Vorlegung des Briefs verlautbart werden. Diese Gestaltung der Sache beruht auf folgender Erwägung: Rechtsänderungen, die sich nicht sowohl an der Hypothek selbst vollzögen, als vielmehr an der Legitimation des einzelnen Briefinhabers, gehörten an sich überhaupt nicht in das Grundbuch, sondern nur in den Brief. Diese an sich richtige Unterscheidung sei aber für den Verkehr zu fein; im Verkehre werde man nicht verstehen, weshalb bei gewissen Rechtsänderungen der Inhalt des Buches, bei anderen der Inhalt des Briefes vorgehen sollte. Es müsse also dabei stehen geblieben werden, daß der Inhalt des Buches immer vorgehe. Zugleich aber sei dafür Sorge zu tragen, daß Alles, was sich nur auf die Legitimation des einzelnen Briefinhabers beziehe, auch auf dem Briefe vermerkt werde. Es sei daher die im Entwurfe der Grundbuch-O. zugelassene Ausnahme einzuschränken. Nach der Grundbuch-O. (§ 42) bedarf es demnach für die Eintragung eines Widerspruchs der Vorlegung des Briefes nicht, wenn die Eintragung durch einstweilige Verfügung angeordnet ist und der Widerspruch sich darauf gründet, daß die Hypothek oder die Forderung, für die sie bestellt ist, nicht bestehe oder einer Einrede unterliege, oder daß die Hypothek unrichtig eingetragen sei. Sehr werthvoll ist dieser Schutz für den Schuldner nicht. Denn wer die Hypothek erworben hat, bevor der Widerspruch eingetragen war, hat das Buch für sich; zu seinen Gunsten gilt der Inhalt des Buches, wie er sich ohne den Widerspruch darstellt, als richtig; und zu seinen Gunsten, das heißt auch: zu Gunsten der von ihm vorgenommenen Veräußerung. Seine Rechtsnachfolger dürfen sich daher, selbst wenn zur Zeit ihres Erwerbes der Widerspruch schon eingetragen

war, gleichfalls auf denjenigen Stand des Buches berufen, der vorhanden war, als ihr Vormann die Hypothek erwarb. Durch dessen guten Glauben ist der Mangel der Hypothek für alle Zeit geheilt (Motive S. 753 Abs. 1 Satz 2). Daß also der Widerspruch ohne Vorlegung des Briefs eingetragen werden kann, hat, abgesehen von dem seltenen Falle eines bösgläubigen Erwerbs, nur dann Werth, wenn die Hypothek zur Zeit des Eintrags noch in der ersten Hand ist. Auf der anderen Seite macht es aber die Vorschrift in § 42 der Grundbuch-O. nöthig, jedes Mal vor Erwerb einer Briefhypothek das Grundbuch nachzusehen; denn es ist immer möglich, daß darin ein Widerspruch gegen die Hypothek steht, der eingetragen worden ist, bevor deren Mangel durch einen gutgläubigen Erwerb geheilt wurde. Der spätere Erwerber wird auch, wenn er einen Widerspruch eingetragen findet, die Möglichkeit berücksichtigen müssen, daß derjenige Erwerb eines Vormanns, der etwa nach seinem Zeitverhältniß zum Eintrage des Widerspruchs geeignet zur Heilung des Mangels der Hypothek sein würde, nicht in gutem Glauben erfolgt ist. — Uebrigens ist es schon deshalb räthlich, vor Erwerbung einer Briefhypothek das Grundbuch einzusehen, weil im Zwangsversteigerungsverfahren auch die Briefhypothek erlöschen kann, ohne daß der Brief vorgelegt wird (Motive zu § 31 des Entwurfs der Grundbuch-O. S. 67 Abs. 1; Zwangsvollstreckungsgesetz § 52 Abs. 1 Satz 2, § 130 Abs. 1, § 131.) Denn wenn auch der Inhaber des Briefs das Erlöschen der Hypothek, so lange es im Buche nicht verlautbart ist, an sich nicht gegen sich gelten zu lassen brauchte, so braucht doch andrerseits der Ersteher, der das Grundstück frei von der Hypothek zugeschlagen erhält, wiederum diese nicht gegen sich gelten zu lassen, selbst wenn sie nach ihrem Erlöschen, aber vor ihrer Löschung von einem gutgläubigen Dritten erworben worden sein sollte (Motive zu § 174 des ersten Entwurfs des Zwangsvollstreckungsgesetzes). Der gutgläubige Dritte muß es ferner gegen sich gelten lassen, daß er aus dem Grundbuche die Anhängigkeit des Zwangsversteigerungsverfahrens hätte ersehen können, obgleich sich der Eintrag des Beschlusses auf Zwangsversteigerung nicht gegen die Verfügungsbefugniß der Hypothekengläubiger, sondern nur gegen die Verfügungsbefugniß des Hypothekenschuldners richtet.

Nachträglich hat die Kommission beschlossen, daß dasselbe, wie von dem Widerspruch und dem Veräußerungsverbot, auch von der Vormerkung gelten soll (S. 4616 flg.). Es fragt sich, wie das gemeint sei. Zunächst jedenfalls so, daß auch Vormerkungen in der Regel nur eingetragen werden dürfen, wenn der Brief vorgelegt wird. Sollen aber auch hier Ausnahmen zugelassen werden? Insbesondere dann, wenn ein Anspruch auf Löschung der Hypothek vorgemerkt werden soll? Bei der Revisionslesung hat man es nicht so aufgefaßt. Man hat wegen der Vormerkungen überhaupt keine besondere Vorschrift aufgestellt; diese fallen vielmehr mit unter die Worte „eine Eintragung bei einer Hypothek" (Grundb.O. § 42).

Der vierte Grundsatz des Entwurfs (§ 1114) ging dahin, daß dem Erwerber der Briefhypothek der Inhalt der Abtretungserklärungen (und Ueberweisungsbeschlüsse) ebenso gewährleistet wird, als ob sein Rechtsvorgänger als Gläubiger in das Grundbuch eingetragen wäre. Dabei waren gerichtlich oder notariell beglaubigte Abtretungserklärungen vorausgesetzt; denn andere waren nach dem Entwurfe überhaupt nicht wirksam. Es fragt sich, ob das Bürgerliche Gesetzbuch, das auch die Abtretung durch Privaturkunde zuläßt, die in § 1114 des Entw. vorgesehene Wirkung auch an eine solche Abtretung knüpfe. Das ist zu verneinen (vgl. aber unten), doch wird zur Erzeugung dieser Wirkung nicht mehr gerichtliche oder notarielle Beglaubigung erfordert; jede öffentliche Beglaubigung genügt. Es fragt sich

ferner, ob der Erwerber der Briefhypothek in seinem guten Glauben an die Veräußerungsbefugniß seiner Vormänner auch dann geschützt werde, wenn einer unter ihnen nicht kraft öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung erworben hat, sondern diese durch Umschreibung im Grundbuche ersetzt worden ist. Das ist in den Vorschriften über die Briefhypothek nicht ausdrücklich entschieden. Es wird aber zu bejahen sein. Denn der gewährte Schutz wird bezeichnet durch Verweisung auf die Wirkungen des Eintrags. Es ist nicht anzunehmen, daß er versagen sollte, wenn der Eintrag wirklich erfolgt ist. Auch hier gilt die Regel, daß der Schutz, den Grundbucheinträge gewähren, durch die Bestimmungen über die Briefhypothek nicht beschränkt, sondern nur erweitert wird. Daraus ergiebt sich insbesondere Folgendes: Ist bei einem der Vormänner die öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung durch Eintrag in das Buch ersetzt worden, hat aber eine Uebergabe des Briefs an den Vormann nicht stattgefunden, so ist zwar die Hypothek auf ihn nicht übergegangen; der Nachmann aber, der von dem Mangel der Uebergabe des Briefs nichts weiß und die Hypothek im Vertrauen auf die Umschreibung im Buche erwirbt, wird in seinem Erwerbe geschützt (zu dem Vorstehenden ist zu vergl B.G.B. § 1155). Doch ist thunlichst dafür gesorgt, daß ein solcher Fall nicht vorkommen kann: Wer sich als Inhaber der Briefhypothek will eintragen lassen, muß den Brief vorlegen (Grundb.O. § 42).

Im Entwurfe war die Rechtslage, in der sich der gutgläubige und gehörig legitimirte Besitzer des Hypothekenbriefs befindet, durch Verweisung auf §§ 837 bis 839 (d. i. B.G.B. §§ 892, 893, 816) bezeichnet. Die Kommission hat die §§ 840—844 (B.G.B. §§ 894—899, 879—881) hinzugefügt. Von der Redaktionskommission sind jedoch die §§ 840–842 (B.G.B. §§ 879—881) weggelassen worden. Offenbar mit Recht; ihre Anwendbarkeit auf die Briefhypothek ist einerseits selbstverständlich und gehört andererseits nicht in den jetzigen Zusammenhang. Weiter war der Redaktionskommission die Entschließung darüber anheimgestellt worden, ob hier auch auf § 826 des Entw. (B.G.B. § 891, Rechtsvermuthung zu Gunsten der Grundbuchseinträge) zu verweisen sei. Die Redaktionskommission hat dies gethan, und es ist dabei geblieben. Besser wäre es, wenn das anders wäre. Die Vorschrift in § 891 kommt dem Gläubiger der Briefhypothek, soweit er ihrer bedarf (vgl. oben), schon von selbst zu Gute. Daß sie in § 1155 angeführt wird, ist geeignet, den Sinn dieser Vorschrift zu verdunkeln; es gewinnt danach den Anschein, als ob von den Voraussetzungen des § 1155 die Befugniß des Briefinhabers zur Geltendmachung des Buchinhalts abhinge, während doch davon nur abhängen soll, ob die Uebergabe des Hypothekenbriefs und der Inhalt der Abtretungserklärungen und etwaiger Ueberweisungsbeschlüsse dem Buchinhalte gleichstehen (vgl. oben die Ausführungen zum zweiten Grundsatze und Prot. S. 8613—8615).

Die Bestimmungen des allgemeinen Grundbuchrechts, die zum Schutze des gutgläubigen Erwerbers einer Briefhypothek auch auf die öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen anzuwenden sind, sollten nach § 1114 des Entw. von diesen nicht schlechthin gelten, sondern so, als ob der Gläubiger, der die Briefhypothek übertragen hat, in das Grundbuch eingetragen gewesen wäre. Das Bürgerliche Gesetzbuch dagegen sagt: . . . „wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre". Es spricht also vom gegenwärtigen Gläubiger, während der Entwurf von dessen unmittelbarem Vormann sprach. Eine sachliche Aenderung liegt darin nicht (vgl. Näheres unten) und ist auch nicht beabsichtigt. Der Gedanke ist nach beiden Bestimmungen folgender: Wer als Erwerber einer

Buchhypothek in das Buch eingetragen wird, der wird nicht in dem guten Glauben an die Wirksamkeit seiner eigenen Eintragung geschützt, sondern nur in dem Vertrauen auf die Einträge seiner Vormänner. Ebenso soll auch der Erwerber einer Briefhypothek geschützt werden. Wenn also die Abtretungsurkunde, die auf ihn selbst lautet, wegen eines Mangels im Abtretungsgeschäfte selbst ungültig ist, z. B. wegen Geisteskrankheit des Abtretenden, so wird er nicht geschützt. Ist aber der Vormann des Abtretenden geisteskrank gewesen, so wird der Erwerber, wenn er keine Kenntniß davon hat, geschützt.

Der Inhalt der öffentlich beglaubigten Abtretungsurknnde, die zu Gunsten des gegenwärtigen Gläubigers lautet, nützt diesem mithin nur insoweit, als er wahr ist. Soweit würde ihm auch die private Abtretungsurkunde nützen; denn die Abtretung durch Privaturkunde ist ja nach B.G.B. § 1154 gültig. Eine andere Frage aber ist es, ob derjenige, dem durch Privaturkunde gültig abgetreten worden ist, im Vertrauen auf die öffentlich beglaubigten Abtretungen geschützt werde, die an seine Vormänner erfolgt sind, wenn etwa eine darunter ungültig sein sollte. Beim ersten Blicke scheint es, als werde der Besitzer des Briefes durch den Wortlaut des § 1155 in einem solchen Falle um seiner selbst willen nicht geschützt. Es muß aber sofort gefragt werden, ob sich der Schutz, den seine Vormänner genießen, auf ihn erstrecke. Hierbei käme man zu einer Unterscheidung: Hat der letzte Vormann ungültig erworben, weil der vorletzte Vormann geisteskrank war, so hat der Besitzer des Briefes, dem nur durch Privaturkunde abgetreten worden ist, gleichfalls ungültig erworben; denn sein Vormann wird nicht in dem Vertrauen auf die Abtretung des vorletzten Vormanns geschützt, sondern nur in dem Vertrauen auf dessen Befugniß zur Abtretung. Ist dagegen der drittletzte Vormann oder ein früherer geisteskrank gewesen, so ist der Mangel der früheren Abtretung geheilt, der letzte Vormann hat gültig erworben und kann daher auch gültig durch Privaturkunde abtreten.

Das ist aber nicht das endgültige Ergebniß. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß sich auf die öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunden, durch welche die Vormänner erworben haben, auch derjenige Besitzer des Briefes verlassen dürfe, der nur durch Privaturkunde erworben hat. Danach müßte er beweisen, daß sein Erwerb in Ordnung ist. Ebenso müßten das seine Nachmänner beweisen. Wäre aber dieser Beweis geführt, so brauchte sich auch ein solcher Besitzer auf Bemängelung der öffentlich beglaubigten Abtretungen nur einzulassen, wenn er die Mängel gekannt hätte. Dasselbe würde von seinen Nachmännern gelten. Für dieses Ergebniß sprechen zunächst innere Gründe und die Entstehungsgeschichte des § 1155. Sieht man sich darauf den Wortlaut des § 1155 noch einmal an, so ergiebt sich, daß auch er dafür ist.

Die inneren Gründe zeigen sich, wenn man fragt, weshalb die Kommission in § 1155 öffentlich beglaubigte Abtretungen fordere, während nach § 1154 zur Abtretung der Briefhypothek jede schriftliche Erklärung genügt. Die Kommission hat sich hierüber an zwei Stellen der Protokolle ausgesprochen. Das eine Mal sagt sie (S. 4594 Abs. 1), der Gläubiger dürfe nicht der Gefahr ausgesetzt werden, sein Recht dadurch zu verlieren, daß ein redlicher Dritter durch Uebergabe des dem Gläubiger gestohlenen Briefes und auf Grund einer von dem Besitzer des Briefes gefälschten Abtretungserklärung die Hypothek erwerbe. Das würde keinen Sinn haben, wenn man sich die Sache so dächte, daß der Dieb diejenige Abtretungserklärung fälschte, die zu Gunsten des redlichen Dritten selbst lautete. Denn das hätte der Dieb nicht nöthig, da er ja eine echte Abtretungserklärung ausstellen

könnte. Es würde ihm auch schwerlich gelingen, seine eigene Unterschrift fälschlich anzufertigen; wenn sie von ihm herrührte, wäre sie immer echt. Endlich aber würde eine solche Fälschung die Hypothek dem wirklichen Gläubiger gar nicht entziehen, da ja der redliche Dritte nicht im Vertrauen auf seinen eignen Erwerbsgrund geschützt wird, sondern nur im Vertrauen auf die Veräußerungsbefugniß seines gehörig legitimirten Vormannes (vgl. oben) Die Kommission meint also: Der Gläubiger soll nicht dadurch um die Hypothek gebracht werden können, daß ein redlicher Dritter durch eine gefälschte Abtretungsurkunde in den Glauben versetzt werde, es sei zu Gunsten seines Vormannes, der den Brief gestohlen hat, vom Gläubiger die Abtretung erklärt worden.

Aehnlich verhält es sich mit der zweiten Stelle, wo die Kommission ihre Gründe angiebt (S. 4605 Zeile 8 v. u. flg.). Es heißt da: Durch das Erforderniß der öffentlichen Beglaubigung werde eine erhöhte Garantie dafür geschaffen, daß regelmäßig bei der Abtretung seitens der Vormänner auch der Hypothekenbrief übergeben worden sei, und daß wirklich eine gültige Cession stattgefunden habe. Insbesondere sei die Gefahr einer Fälschung der Abtretungserklärung geringer. Es fragt sich: Wem soll die Garantie geschaffen, und wer soll vor der Gefahr der Fälschung behütet werden? Der Inhaber des Briefs? Keineswegs. Denn dieser wird durch § 1155 vor der Gefahr der Fälschung nicht behütet, da nach § 1154 die privatrechtliche Abtretung gültig ist. Auch hat er kein Interesse daran, ob früher allemal der Hypothekenbrief übergeben worden ist und eine gültige Cession stattgefunden hat; wenn ihm nichts Gegentheiliges bekannt ist, so wird es zu seinen Gunsten so angesehen, als ob es so sei. Ob aber ihm selbst der Hypothekenbrief übergeben worden ist, as weiß der, und ob ihm selbst gültig abgetreten worden ist, kann er beurtheilen; sollte er sich aber in dem einen oder dem anderen irren, so wird er gegen die Folgen eines solchen Irrthums durch § 1155 nicht geschützt. Es handelt sich auch an dieser Stelle der Protokolle nur um den Schutz des wirklichen Gläubigers. Dieser soll nicht durch den Schutz, den der gutgläubige dritte Erwerber genießt, um die Hypothek kommen. Daher sollen die Bedingungen dieses Schutzes erschwert werden. Darnach müssen die Erschwerungen solche sein, welche die Gefahr für die wirklichen Gläubiger verringern. Das träfe bei dem Erforderniß öffentlicher Beglaubigung der zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers abgegebenen Abtretungserklärung nicht zu. Denn diese bleibt allen Bemängelungen ausgesetzt, mag sie beglaubigt oder unbeglaubigt sein.

Endlich würde man, wenn man die öffentliche Beglaubigung auch derjenigen Abtretungserklärung forderte, die auf den gegenwärtigen Briefbesitzer lautet, von der Analogie des Grundbuchrechts abweichen, die doch sonst bei der Briefhypothek festgehalten ist. Denn wer ein im Buche eingetragenes Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, kann sich nach § 892 auf das Buch verlassen, gleichviel ob er selbst eingetragen ist oder nicht, gleichviel ob ihm eine beglaubigte Erwerbsurkunde zur Seite steht oder nicht.

Zu demselben Ergebniß führt die Entstehungsgeschichte. Der Entwurf (§ 1114) verlangte die Legitimation durch öffentliche Urkunden nicht für den Besitzer des Briefs, dem abgetreten worden ist, sondern für den Besitzer des Briefs, der abgetreten hat. Nun war zwar der Unterschied für den Entwurf ohne Bedeutung; denn andre Abtretungserklärungen als solche in öffentlicher Urkunde waren nach ihm überhaupt nicht gültig. Aber die Kommission hat sich hinsichtlich der Voraussetzungen für den Schutz des guten Glaubens ausdrücklich mit dem Entwurfe einverstanden erklärt (S. 4605 Abs. 2). Sie hat ferner den Antrag 2 angenommen,

dessen Fassung sich mit der Legitimation des abtretenden Briefbesitzers beschäftigte, nicht mit der Legitimation dessen, dem abgetreten worden ist, und diesen Antrag nur dadurch geändert, daß sie statt Abtretungserklärungen schlechthin öffentlich beglaubigte Abtretungserklärungen erfordert hat. Wenn dennoch in der Fassung des B.G.B.'s wirklich ein anderer Sinn läge, so ließe sich das nur dadurch erklären, daß sich weder die Redaktionskommission noch die Gesammtkommission den Unterschied, um den es sich handelt, klar gemacht hätte. Die Gesammtkommission hat beschlossen, die öffentliche Beglaubigung „im Sinne der gestellten Anträge" zu fordern (S. 4605 Abs. 2). Die Anträge aber gingen gerade hierin in derselben Weise auseinander, wie die Fassung des angenommenen Antrags 2 von der Fassung des B.G.B.'s abweicht. Antrag 3 und Eventualantrag 5 handelten von der Legitimation des abtretenden Gläubigers, Antrag 1, Antrag 4 und Hauptantrag 5 von der Legitimation des gegenwärtigen Briefbesitzers. Ueber diesen Unterschied ist nicht gesprochen worden. Die Redaktionskommission hat sofort nach dieser Berathung eine Bestimmung geförmelt, die sich mit der Legitimation des gegenwärtigen Briefbesitzers befaßt (§ 1087a, S. 634 flg. der Beschlüsse der Redaktionskommission). Dabei ist es dann geblieben, und es ist auch später über den Unterschied nicht verhandelt worden.

In Wahrheit besteht dann auch gar kein sachlicher Unterschied. Auch die Fassung von § 1155 des B.G.B.'s denkt nicht an den Besitzer, dem abgetreten worden ist, sondern an den Besitzer, der abtreten will; also ganz wie die Fassung von § 1114 des Entwurfs. Das beweisen die Worte „wie wenn der Besitzer des Briefs als Gläubiger im Grundbuche eingetragen wäre". Denn was würde ein solcher Eintrag bedeuten? Würde er dem Besitzer die Verfügungsbefugniß seines Vormannes sicherstellen? Keineswegs; hierzu wäre nur erforderlich, daß der Vormann eingetragen wäre. Der Berechtigte, der sich auf das Grundbuch berufen will, braucht nach § 892 nicht selbst eingetragen zu sein. Der Eintrag ist nicht dazu nöthig, daß der Eingetragene in seinem guten Glauben geschützt werde; er ist vielmehr erforderlich, um den Schutz für den guten Glauben des Rechtsnachfolgers des Eingetragenen zu begründen. Wenn also § 1155 sagt, der § 892 finde Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre, so heißt das: Der Besitzer des Briefes kann mit derselben Wirkung abtreten, wie wenn er eingetragen wäre; mit der Wirkung nämlich, daß seine Verfügungsbefugniß dem Erwerber, der nicht bösartig ist, garantirt wird. Es heißt also nicht, daß der Besitzer des Briefes nur unter den Voraussetzungen des § 1155 mit dem im § 892 bezeichneten Erfolge erworben haben könne.

Die Kommission hat ferner darüber verhandelt, inwieweit die Uebertragung der Briefhypothek, die durch Ueberweisung an Zahlungsstatt erfolgt, zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers zu schützen sei. Im Entwurf (§ 1114) wird der Ueberweisungsbeschluß der Abtretungserklärung völlig gleichgestellt. Das stand im Einklange damit, daß nach dem Entwurfe (§ 837) der Erwerb eines eingetragenen Rechts durch Zwangsvollstreckung dem rechtsgeschäftlichen Erwerbe gleichstand. Das ist aber, wie früher berichtet wurde (1894 S. 592 Abs. 4), von der Kommission geändert worden. So hat denn auch das Recht der Briefhypothek geändert werden müssen: Wer durch Rechtsgeschäft erwirbt, kann sich auf die Veräußerungsbefugniß seiner Vormänner verlassen, auch soweit diese selbst nur durch Ueberweisungsbeschluß legitimirt sind; wer aber durch Ueberweisungsbeschluß erwirbt, wird in dem guten, aber irrigen Glauben an das Recht seiner Vormänner überhaupt nicht geschützt, auch dann nicht, wenn diese kraft

öffentlich beglaubigter Abtretungserklärung erworben haben. Der § 1155 des B.G.B.'s sagt, die Vorschrift des § 892 finde in derselben Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbach eingetragen wäre. Das bedeutet insbesondere auch: Sowenig ein eingetragener Gläubiger, der die Hypothek durch Ueberweisungbeschluß erworben hat, nach § 892 in seinem gutgläubigen Erwerb geschützt wird, ebensowenig wird der gutgläubige Erwerber geschützt, der sich auf Grund eines Ueberweisungsbeschlusses im Besitze des Briefes befindet.

Weiter hat sich die Kommission die Frage vorgelegt, wie es mit dem Schutze des guten Glaubens zu halten sei, wenn der Besitzer des Briefs oder einer seiner Vormänner die Hypothek kraft Gesetzes erworben habe, also z. B. kraft Ablösungsrechts. Sie hat eine Vorschrift beschlossen, wonach das öffentlich beglaubigte Anerkenntniß eines solchen Ueberganges der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung gleichsteht (B.G.B. § 1155 Satz 2).

Früher ist von dem erweiterten Schutze gesprochen worden, den der § 1089 des Entw. dem gutgläubigen Erwerber einer Buchhypothek gewährt (oben 1896 S. 756 flg.): Während im Allgemeinen auch der gutgläubige Erwerber einer Forderung die Thatsachen gegen sich gelten lassen muß, die sich zwischen dem Veräußerer und dem Schuldner bis zu dem Zeitpunkte ereignet haben, wo der Schuldner von der Abtretung Kenntniß erlangt hat, gilt dies vom Erwerber einer Buchhypothek und der dazu gehörigen Forderung nicht; ein solcher Erwerber kann sich darauf verlassen, daß der Zustand, in dem die Forderung und die Hypothek bei seinem Eintrage gewesen sind, auch nachträglich nicht durch Thatsachen verändert wird, die sich lediglich zwischen dem Schuldner und dem Veräußerer ereignen. Entsprechendes gilt nach § 1108 des Entw. von der Briefhypothek. Wer also die Briefhypothek gültig erworben hat, braucht z. B. die Rechtsgeschäfte, die der Schuldner nachmals mit einem früheren Besitzer des Briefes eingeht, auch dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn dem Schuldner die Abtretung der Hypothek unbekannt geblieben ist. Es erhebt sich zunächst die Frage, welchen Einfluß hierauf die Unterscheidung gewommen habe, die von der Kommission zwischen den Erfordernissen des Erwerbs der Briefhypothek und den Voraussetzungen für den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gemacht hat; ob also auch hier nur derjenige Besitzer des Briefes geschützt sei, dessen Vormanne eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung zur Seite steht, oder auch derjenige, dessen Vormanne nur durch Privaturkunde abgetreten worden ist. Man wird vielleicht erwarten, daß auch hier die öffentliche Beglaubigung verlangt werde. So verhält sich's aber nicht. Nur der regelmäßige Schutz des gutgläubigen Erwerbs ist von besonderen Erfordernissen abhängig; die in § 1089 des Entw. (B.G.B. § 1156 Satz 1) vorgesehene Erweiterung dagegen kommt auch dem zu Gute, dessen Vormann nur durch Privaturkunde legitimirt ist, ja sogar auch dem, der die Briefhypothek bei der Zwangsvollstreckung an Zahlungsstatt überwiesen erhalten hat.

Nach dem Grundsatze in § 1089 des Entw. ist insbesondere auch eine Kündigung unwirksam, die der Grundstückseigenthümer dem alten Gläubiger ausgesprochen hat, nachdem von diesem die Hypothek veräußert worden war, auch wenn der Grundstückseigenthümer die Veräußerung nicht erfahren hatte. Bei der Buchhypothek ist das unbedenklich, da hier der Schuldner den Gläubiger aus dem Grundbuche ersehen kann. Mißlich aber ist es bei der Briefhypothek, wo der Schuldner nicht zu ermitteln vermag, wer Gläubiger ist. Einige Abhülfe gewährt zwar der zweite Absatz von § 132 des B.G.B.'s. Allein diese Vorschrift nützt nur dann

etwas, wenn sich der Schuldner darüber klar ist, daß er seinen Gläubiger nicht kennt. Irrt er sich dagegen über die Person des Gläubigers, nimmt er insbesondere an, daß ein früherer Gläubiger auch jetzt noch berechtigt sei, so hilft ihm der § 132 nichts. Die Kommission hat daher beschlossen, daß bei der Briefhypothek auch die einem früheren Gläubiger erklärte Kündigung des Schuldners wirksam ist, wenn dieser keine Kenntniß vom Uebergange hat und der Uebergang auch nicht im Grundbuche steht (B.G.B. § 1156 Satz 2). Daß diese Vorschrift sich nicht auch auf die Buchhypothek bezieht (auch nicht für solche Fälle, wo diese kraft Gesetzes übergegangen ist), wurde früher mitgetheilt (oben 1896 S. 757). Dabei ist auch angegeben worden, inwiefern das aus dem Gesetze selbst hervorgeht.

Nach dem fünften Grundsatze, den der Entwurf bei Ausgestaltung der Briefhypothek befolgt hat, bedarf jeder Gläubiger, auch derjenige, in dessen Person die Briefhypothek entstanden ist, zu deren Geltendmachung des Briefes (§§ 1110, 1117, 1118 des Entw.). Näher verhielt es sich hiermit so: Dem ursprünglichen Gläubiger stand kraft seines Eintrags an sich die Rechtsvermuthung des § 826 des Entw. zur Seite: Er konnte durch Bezugnahme auf das Grundbuch sowohl die Hypothek als auch die Forderung beweisen. Doch konnte er sich, wenn er die Hypothek geltend machen wollte, mit diesem Beweise nicht begnügen; er mußte vielmehr nach § 1117 außerdem den Brief vorlegen. Nun hätte er sich aber an sich den Brief eben durch die Rechtsvermuthung des § 826 leicht verschaffen können. Denn nach § 1109 stand ihm als Gläubiger das Eigenthum an dem Briefe zu, und daß er Gläubiger war, konnte er eben mit Hülfe der Rechtsvermuthung des § 826 leicht beweisen. Um den Schuldner gegen diese Gefahr zu sichern, wurde die Wirkung der im § 826 bezeichneten Rechtsvermuthung durch § 1110 beschränkt; zwar nicht hinsichtlich der Hypothek, aber doch hinsichtlich der Forderung. Bei ihr nämlich war die Beweiskraft des Eintrags, wenn der Brief vom Grundbuchamt zunächst dem Schuldner auszuhändigen war, davon abhängig, daß der Gläubiger den Brief besaß (Motive S. 747 Abs. 1, S. 757 letzter Absatz).

Die Kommission hat hier zunächst nur die Voraussetzung für die Beweiskraft des Eintrags geändert: Nicht daran sollte diese geknüpft werden, daß der Gläubiger den Brief besaß, sondern daran, daß der Brief ihm übergeben worden war. Zwar sollte im Falle des Besitzes die Uebergabe vermuthet werden; wenn aber z. B. der Schuldner nachwies, daß das Grundbuchamt den Brief gegen die Vorschrift in § 60 des Entw. der Grundb.-O. (jetzt Grundb.-O. § 60) dem Gläubiger ausgehändigt hatte, so sollte dieser die Forderung durch Bezugnahme auf den Eintrag nicht mehr beweisen können. Später aber hat die Kommission die ganze Stellung des Gläubigers umgestaltet: Es soll sich nicht um den Beweis, sondern um das Recht selbst handeln; der Gläubiger soll die Hypothek erst durch die Uebergabe des Briefs erwerben. Doch soll der Uebergabe eine Vereinbarung gleichstehen, wodurch der Gläubiger ermächtigt wird, sich vom Grundbuchamte den Brief aushändigen zu lassen; diese Ermächtigung, verbunden mit dem Eintrage, soll dem Gläubiger die Hypothek schon vor der Aushändigung des Briefes verschaffen. So lange aber weder der Brief übergeben noch die Ermächtigung ertheilt ist, soll die Hypothek Eigenthümerhypothek sein. Auf diese Weise hat die Kommission Einklang zwischen der Uebertragung und der Begründung der Briefhypothek herstellen wollen: Die Uebergabe des Briefs soll in beiden Fällen unentbehrlich sein. Davon bildet keine Ausnahme, was von der Ermächtigung des Gläubigers zur Empfangnahme des Briefs gesagt worden ist; denn diese Ermächtigung verschafft dem Gläubiger im Voraus den mittelbaren Besitz. Auf diese

Weise wird noch besser, als nach dem Entwurfe, das Ziel erreicht, daß die Gewährung des Darlehns und die Bestellung der Hypothek Zug um Zug erfolgen können (B.G.B. § 1117).

Der § 1110 des Entw. hatte eine Anmerkung, wonach die Grundb.O. die Aushändigung des gebildeten Hypothekenbriefs dergestalt regeln sollte, daß der Eigenthümer in der Lage wäre, sich die Aushändigung des Hypothekenbriefs an seine Person zu sichern. So sagte denn auch § 60 des Entw. der Grundb.-O., daß der Hypothekenbrief dem Eigenthümer, wenn aber dieser die Aushändigung an den Gläubiger bewilligt habe, dem Gläubiger auszuhändigen sei. Die Kommission hat erwogen, daß diese Vorschrift zu weit gehe; sie passe nur dann, wenn der Brief bei Begründung der Hypothek gebildet, nicht aber dann, wenn eine Buchhypothek verwandelt werde. Die Anmerkung sollte daher auf den Fall beschränkt werden, wo der Hypothekenbrief bei der Eintragung der Hypothek zu ertheilen wäre (S. 4583 flg.). Das hat nun zwar die Redaktionskommission nicht gethan (Anm. 2 zu § 1026 II. L.). Die Grundbuchordnung aber enthält zutreffende Vorschriften (§ 60 Abs. 1).

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung der Hypothek regelte der Entwurf in verschiedener Weise: Im Allgemeinen war Vorlegung des Briefes und, wenn der Gläubiger nicht eingetragen war, auch der Uebertragungsurkunden erforderlich; den Brief also mußte auch der eingetragene Gläubiger vorlegen, mithin auch derjenige, in dessen Person die Hypothek entstanden war (§ 1117). Besonderes aber galt von der Mahnung und der Kündigung. Hier war die Vorlegung der Urkunden nicht unbedingt erforderlich; die Mahnung und die Kündigung wurden aber unwirksam, wenn sie der Eigenthümer wegen Mangels der Vorlegung der Urkunden sofort zurückwies (§ 1118). Die Kommission hat die Geltendmachung überhaupt mit der Geltendmachung durch Mahnung oder Kündigung mehr in Einklang gebracht: Die Vorlegung des Briefs und der Uebertragungsurkunden soll nicht Voraussetzung der Geltendmachung sein, sondern der Mangel der Vorlegung nur eine Einrede begründen (B.G.B. § 1160). Man hat hierdurch namentlich dem Besitzer des Briefs die Benutzung des Urkundenprozesses erleichtern wollen. Nach den Protokollen hat man angenommen, daß nach dem Entwurfe der Besitzer im Urkundenprozesse abgewiesen werden müßte, wenn er nicht die Vorlegung des Briefes nachzuweisen vermöge; es sei selbst zweifelhaft, ob er nach Umleitung des Urkundenprozesses in das ordentliche Verfahren die Vorlegung nachholen könnte (S. 4619). Das ist mir nicht recht klar geworden. Um eine Verurtheilung des Gegners zu erlangen, hätte der Besitzer des Briefes diesen wohl nur im Urkundenprozesse selbst vorzulegen brauchen, nicht aber nachzuweisen gehabt, daß er ihn vorher vorgelegt habe. Allein wenn er das nicht hätte nachweisen können, so hätte er Gefahr gelaufen, trotz seines Obsiegens nach C.P.O. § 89 in die Prozeßkosten verurtheilt zu werden.

Will man dasjenige, was bisher über den Hypothekenbrief und die öffentlich beglaubigten Uebertragungsurkunden gesagt worden ist, als Folgerungen aus einfachen Begriffen erscheinen lassen, oder will man, um einen viel mißbrauchten Ausdruck zu gebrauchen, die Bedeutung jener Urkunden konstruiren, so wird man so sagen können: Der Brief ist nicht nur ein brauchbares, sondern auch ein unentbehrliches Werkzeug zur Uebertragung, ja bei Briefhypotheken, die dies von vornherein sind, sogar zur Bestellung der Hypothek. Er ist ferner eine Wiedergabe des Grundbuchinhalts und insofern eine Ergänzung des Grundbuchs, als sein Inhalt gegen den gutgläubigen Erwerber der Hypothek ebenso wirksam ist, wie der

Inhalt des Buchs. Sodann die öffentlich beglaubigten Uebertragungsurkunden sind eine Ergänzung des Grundbuchs in der Weise, daß ihr wesentlicher Inhalt alle Wirkungen der Grundbuchseinträge hat. Endlich sind alle diese Urkunden insofern Legitimationspapiere, als der Schuldner, wenn sie nicht vorgelegt werden, jeder Geltendmachung der Briefhypothek widersprechen kann.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, wie wichtig der Hypothekenbrief für die Briefhypothek ist. Der Entwurf zog aus dieser Wichtigkeit die Folgerung, daß der Brief untrennbar mit der Hypothek verbunden sein und das Eigenthum daran stets dem Gläubiger zustehen müsse (§ 1109 Abs. 1). Von der Kommission ist die Bestimmung verallgemeinert worden; sie soll von jedem Schuldschein gelten und ist unter die Grundsätze von der Verbindung versetzt worden (B.G.B. § 952). Nicht ganz klar ist, ob die Bestimmung eine zwingende habe bleiben oder in eine nachgiebige habe verwandelt werden sollen. Das Kommissionsmitglied, dessen Antrag angenommen worden ist, hat mindestens ursprünglich einen nachgiebigen Rechtssatz gewollt, damit z. B. das Bedürfniß nach Autogrammen befriedigt werden könne, und diese Absicht war in der ursprünglichen Fassung des Antrags ausgedrückt; denn der Schuldschein war hier als Zubehör der Forderung bezeichnet, und es war nicht von den an der Forderung bestehenden Rechten gesagt, daß sie ihre Wirksamkeit auf den Schuldschein erstreckten, sondern von den über die Forderung abgeschlossenen Geschäften. In beiden Beziehungen aber hat der Antragsteller die Fassung selbst geändert; jedoch nicht zu dem Zwecke, um die Vorschrift aus einer nachgiebigen zu einer zwingenden zu machen, sondern deshalb, weil der Begriff der Zubehörung auf das gegenseitige Verhältniß von Sachen beschränkt bleiben müsse, und weil die Vorschrift nicht nur zu Gunsten der späteren Erwerber von Forderungen, sondern auch zu Gunsten der ursprünglichen Gläubiger verwendbar sein müsse. Immerhin bleibt es dabei, daß dasjenige, woran die Nachgiebigkeit der Vorschrift erkennbar war, weggefallen ist. Auch ist diese nicht, wie der Antragsteller wollte, in die Lehre von den Zubehörungen gekommen, sondern in den Abschnitt über Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, wo sich sonst nur zwingende Bestimmungen befinden. Ein Beschluß der Kommission ist über diese Frage nicht gefaßt worden.

In Folge des engen Verhältnisses zwischen Briefhypothek und Hypothekenbrief muß bei Theilung der Hypothek die Bildung von Theilhypothekenbriefen möglich sein (B.G.B. § 1152). Das Nähere hierüber findet sich in der Grundb.O. Im Entwurfe der Grundb.O. (§ 61 Abs. 2) war insbesondere verfügt, daß die Bildung des Theilhypothekenbriefs auf dem Stammhypothekenbriefe vermerkt werden müsse; es sollte also der Theilbrief nichtig sein, wenn dieser Vermerk auf dem Stammbrief fehlte. Auf diese Weise sollte der Schuldner vor der Gefahr gesichert werden, dem durch den Theilbrief legitimirten Gläubiger einen Theil der Schuld noch einmal bezahlen zu müssen, nachdem er schon das Ganze an den Besitzer des Stammbriefs bezahlt hätte (Motive zum Entw. der Grundb.O. S. 104). Die Kommission hat aber erwogen, daß eine solche Vorschrift privatrechtlich sei und mithin nicht in die Grundb.O., sondern in das B.G.B. passen würde. Sie sei jedoch überhaupt nicht erforderlich; eine Ordnungsvorschrift genüge. Der § 1059 des Entw. II. L. hat daher eine Anmerkung erhalten, worin eine entsprechende Aenderung des Entw. der Grundb.O. vorausgesetzt wird. Diese ist auch erfolgt (Grundb.O. § 61 Abs. 3). — Den § 1123 Abs. 2 Satz 2 hat die Kommission gestrichen; er sei theils neben den allgemeinen Grundsätzen über die Briefhypothek selbstverständlich, theils neben C.P.O. § 850 entbehrlich. Selbstverständlich ins-

besondere sei es, daß die Hypothek nicht ohne Vorlegung eines neuen Briefes übertragen oder belastet werden könne.

Nach § 1124 des Entw. wird in den beiden Fällen, in denen der unbekannte Hypothekengläubiger im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen wird, auch der bisherige Hypothekenbrief kraftlos; in einem der beiden Fälle ist dem Grundstückseigenthümer ein neuer Hypothekenbrief zu ertheilen. Die Kommission hat beschlossen, daß in beiden Fällen ein neuer Hypothekenbrief zu ertheilen sei. Um das zu verstehen, muß man an die Beschlüsse der Kommission über die Eigenthümerhypothek denken. Die beiden Fälle des Aufgebotsverfahrens unterschieden sich so: In dem einen Falle beruht das Ausschlußurtheil auf der Annahme, daß das Recht des unbekannten Gläubigers früher einmal auf irgend welche Weise untergegangen sei; in dem andern Falle aber darauf, daß der Schuldner zur Befriedigung des unbekannten Gläubigers den Schuldbetrag hinterlegt hat. Nun entstand nach dem Entwurfe eine Eigenthümerhypothek nur durch Vereinigung von Forderung und Schuld und durch Befriedigung des Gläubigers; in den andern Fällen des Untergangs der Forderung erlosch die Hypothek. Im Wege des Aufgebotsverfahrens also konnte eine Hypothek nur im zweiten Falle zur Eigenthümerhypothek werden, also dann, wenn der Schuldner den Schuldbetrag zur Befriedigung des Gläubigers hinterlegt hatte; denn in dem anderen Falle blieb der Grund, aus dem das Recht des Gläubigers erloschen sein sollte, ganz dahingestellt. Nach dem B.G.B. aber, wo die Hypothek grundsätzlich durch Erlöschen der Forderung zur Eigenthümerhypothek wird, stehen beide Fälle des Aufgebotsverfahrens insofern gleich; es muß also auch in beiden Fällen der Grundstückseigenthümer einen neuen Brief erhalten. Die neue Vorschrift ist in die Grundbuch-O. gekommen (§ 67).

Nach Erledigung der Briefhypothek hat die Kommission über die Hypothek für Forderungen aus Inhaberpapieren verhandelt. Diese Hypothek kann aber erst nach Darstellung der Sicherungshypothek in das richtige Licht gestellt werden. Es sei daher zunächst von der Sicherungshypothek die Rede.

Das Wesentliche bei der Sicherungshypothek ist, daß hierbei der Gläubiger die Forderung besonders beweisen und sich gegen Angriffe auf ihr Bestehen besonders vertheidigen muß: Der ursprüngliche Gläubiger kann sich nicht darauf berufen, daß für das Bestehen einer eingetragenen Forderung die Vermuthung streite; und der spätere Erwerber kann nicht beanspruchen, in seinem auf das Grundbuch gestützten Vertrauen auf das Bestehen der eingetragenen Forderung geschützt zu werden (Entw. § 1125 Abs. 1, § 1083). Darauf, ob der dem Gläubiger obliegende Beweis leicht oder schwer ist, ob er insbesondere schon durch Vorlegung eines rechtskräftigen Urtheils geführt werden kann, kommt nichts an. Zunächst ist diese Vorlegung immerhin etwas Anderes, als die Bezugnahme auf das Buch oder die Vorlegung einer Folienabschrift. Namentlich aber zeigt sich der Unterschied beim gutgläubigen dritten Erwerber: Wer eine Buchhypothek für eine rechtskräftig festgestellte Forderung durch Rechtsgeschäft in gutem Glauben erworben hat, braucht sich nicht darauf einzulassen, wenn ihm nachmals nachgewiesen wird, daß das rechtskräftige Urtheil im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens oder durch eine nach C.P.O. § 686 erhobene Klage umgestoßen gewesen oder nachmals umgestoßen worden ist. Ist aber seine Hypothek nur eine Sicherungshypothek, so muß er solche Einwendungen gegen sich gelten lassen.

Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob die Forderung von bestimmtem Betrage oder von noch festzustellendem Betrage sei; d. h. es kommt darauf nichts an für den Begriff der Sicherungshypothek; der Entwurf enthält aber über

Sicherungshypotheken für Forderungen von unbestimmtem Betrage besondere Vorschriften.

Von einigen Schriftstellern ist vorgeschlagen worden, die Sicherungshypotheken für Forderungen von bestimmtem Betrage zu beseitigen; es bestehe kein Bedürfniß danach; in solchen Fällen könnten Buchhypotheken oder Briefhypotheken bestellt werden. Die Kommission ist anderer Ansicht gewesen. Die Möglichkeit, das Grundstück in einer Form zu verpfänden, bei der alle Einwendungen auch gegen den dritten Erwerber der Forderung erhalten blieben, sei für den Grundstückseigenthümer werthvoll. Diese Möglichkeit aufrecht zu erhalten, werde durch die Rücksicht auf solche deutsche Rechtsgebiete erfordert, wo der Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer hypothekarischen Forderung noch unbekannt sei.

Weil bei der Sicherungshypothek der spätere Erwerber vor Einwendungen gegen die Forderung nicht geschützt ist, so wird die Hypothek für ihn werthlos, wenn solche Einwendungen bestehen; diese führen zum Untergang der Forderung oder stellen deren Nichtbestehen klar, und dadurch wird die Sicherungshypothek zur Eigenthümerhypothek (B.G.B. § 1163). Deshalb ist oben gesagt worden (1896 S. 741), daß es bei der Sicherungshypothek keine besondere hypothekarische Geldforderung gebe. Derselben Meinung ist die Kommission gewesen (S. 4660 flg.). Bei nochmaliger Ueberlegung bin ich aber zu einem andern Ergebniß gekommen.

Zunächst ist die Schlußfolgerung, auf die hin das Bestehen einer besondern hypothekarischen Geldforderung bei der Sicherungshypothek verneint wurde, nicht zwingend: Daß der Gläubiger, wenn die rein persönliche Geldforderung untergeht, gar keine Forderung mehr hat, braucht nicht daran zu liegen, daß eine hypothekarische Geldforderung überhaupt nie bestanden hätte; es kann vielmehr seinen Grund auch darin haben, daß bei der Sicherungshypothek die hypothekarische Geldforderung gleichzeitig mit der persönlichen Forderung untergeht; daß also diese beiden Forderungen einfach eine besondere Erscheinungsform des Falles sind, wo zwei Forderungen denselben Zweck, oder, wie ich lieber sage (mein Lehrbuch des sächsischen Privatrechts Bd. 1 § 48 Note 1 S. 187), dasselbe Erfüllungsinteresse haben. Und so liegt die Sache nach dem B.G.B. in der That. Denn auch für die Sicherungshypothek gilt die Bestimmung des § 1113, wonach kraft der Hypothek aus dem Grundstücke eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer Forderung zu zahlen ist. Wenn also jemand aus einer Sicherungshypothek in der Weise klagt, daß er die Forderung begründet und beweist, den Eintrag der Hypothek darthut und dann beantragt, zu erkennen, daß der Beklagte schuldig sei, zur Befriedigung wegen der Forderung *eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu bezahlen*, so ist dreierlei gewiß: Erstens, eine solche Klage kann nicht als unzulässig abgewiesen werden, denn sie entspricht genau dem Gesetze; zweitens, die darauf ergehende Verurtheilung bildet keinen Vollstreckungstitel zum Vorgehen gegen das bewegliche Vermögen des Schuldners; drittens, der Kläger ist nicht behindert, daneben oder später zur Erlangung eines solchen Vollstreckungstitels eine besondere Klage zu erheben, und zwar auch gegen denselben Beklagten. Unter solchen Umständen wird auch bei der Sicherungshypothek das Bestehen einer besonderen hypothekarischen Geldforderung nicht zu bestreiten sein. Dafür spricht auch § 1157 des B.G.B.'s; denn wenn es bei der Sicherungshypothek keinen hypothekarischen Geldanspruch giebt, so ist der § 1157 für sie nicht folgerichtig (oben 1896 S. 756). Diese Auffassung ist praktisch wichtig: Wenn der Anspruch aus der Sicherungshypothek kein gewöhnlicher Pfandanspruch, sondern ein Anspruch auf eine Geldleistung ist, so kommen die prozessualen Erleichterungen des Hypothekenanspruchs (Zulässigkeit des

Mahnverfahrens, des Urkundenprozesses, der vollstreckbaren Urkunde) auch ihm zu Gute. Dafür spricht auch die von der Kommission beschlossene Fassung dieser prozessualen Bestimmungen. Sie handeln von der Hypothek schlechthin, nehmen also die Sicherungshypothek nicht aus (Ziffer 3 der Anm. 2 zu § 1054 des Entw. 2. Lesung, III. Buch S. 76).

Im § 1128 des Entw. werden diejenigen auf die Buchhypothek bezüglichen Bestimmungen zusammengestellt, die von der Sicherungshypothek nicht gelten sollen. Einige davon (§§ 1094, 1095, 1097) sind in Folge der von der Kommission über die Eigenthümerhypothek gefaßten Beschlüsse hier gestrichen worden. Hierüber wurde das Nöthige schon oben 1896 S. 738 flg. mitgetheilt. Andere Bestimmungen hatte die Kommission hinzugefügt, der Bundesrath aber wieder beseitigt. Auch hiervon ist schon die Rede gewesen (oben 1896 S. 742 flg.).

Nach § 1134 des Entw. kann eine Sicherungshypothek in eine feste Hypothek verwandelt werden. Daß der Entwurf dazu die Einwilligung der Nachberechtigten verlangte, die Kommission aber dieses Erforderniß beseitigt hat, ist schon mitgetheilt worden (oben 1896 S. 745; zu vergl. S. 744 Abs. 2). Von dem umgekehrten Falle, der Verwandlung einer festen Hypothek in eine Sicherungshypothek, sprach der Entw. nicht. Die Redaktionskommission hat aber auch diese Verwandlung hereingebracht. Die Erfordernisse der Umwandlung regelte der Entw. durch Verweisungen auf die allgemeinen Bestimmungen des Grundbuchrechts. Von der Kommission ist, abgesehen von einigen Veränderungen der Fassung, die durch frühere Beschlüsse nöthig geworden waren, hierzu beschlossen worden, auch auf § 1065 des Entwurfs und den hierzu gefaßten Beschluß zu verweisen, also auf die Vorschrift (G.B.G. § 1119), wonach die Hypothek ohne Zustimmung der Nachberechtigten auf Zinsen bis zu fünf vom Hundert erstreckt, auch ohne diese Zustimmung die Zahlungszeit und der Zahlungsort geändert werden kann. Die Redaktionskommission hat das nicht besonders ausgesprochen. Es ist wohl auch ein besonderer Ausspruch nicht nöthig. Im Uebrigen ist der Schlußsatz vom § 1134 des Entw. durch die allgemeinen Bestimmungen in §§ 877, 878 des B.G.B.'s mit ersetzt worden.

Im § 1129 des Entw. waren die besonderen Vorschriften zusammengestellt, die für Sicherungshypotheken von noch nicht festgestelltem Betrage gelten sollten. Namentlich war in Abs. 3 Satz 2 gesagt, daß sich die Beschränkung der Haftung des Grundstückes für den eingetragenen Höchstbetrag auch auf die Zinsen beziehe, wofür das Grundstück „in Gemäßheit der Begründung der Hypothek" hafte. Es sollten daher auch die Verzinslichkeit und der Zinsfuß nicht eingetragen werden. Die Worte „in Gemäßheit der Begründung der Hypothek" sind in der Kommission beanstandet worden; für gesetzliche Hypotheken paßten sie nicht. Die Redaktionskommission hat daher den ganzen Relativsatz gestrichen. Ebenso ist das Verbot, die Verzinslichkeit und den Zinsfuß einzutragen, von ihr beseitigt worden; wohl wegen seiner Selbstverständlichkeit.

Nach dem vierten Absatze von § 1129 des Entw. sollte bei einer Sicherungshypothek, die für eine Forderung von noch nicht festgestelltem Betrage eingetragen worden war, die Forderung ohne Umschreibung übertragen werden können, und wenn von dieser Erlaubniß Gebrauch gemacht würde, sollte die Hypothek auf den neuen Gläubiger nicht übergehen. Mehrere Kritiker sind damit nicht einverstanden gewesen. Man hat behauptet, das passe nicht für den Fall, wo die Sicherungshypothek nur das Schlußergebniß einer laufenden Rechnung decken solle, also nicht die Einzelforderungen. Das war auch schon in den Motiven (III S. 768 Abs. 4) zugegeben worden. Für die Kommission hat die

Frage etwas anders gelegen. Die Kommission hat für jede Sicherungshypothek, also auch für diejenige, deren Betrag feststeht, beschlossen, daß die Forderung ohne Umschreibung übertragen werden könne (oben 1896 S. 742). Nach ihrer Ansicht hängt bei der Buchhypothek das Erforderniß der Umschreibung damit zusammen, daß hier die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs auf die Forderung erstreckt werde. Bei dieser Auffassung mußte sie annehmen, es bestehe bei der Sicherungshypothek kein Grund, das Erforderniß der Umschreibung festzuhalten. Wäre dies richtig, so würde ein solcher Grund auch dann nicht vorhanden sein, wenn die Sicherungshypothek für das Endergebniß einer Geschäftsverbindung, einer laufenden Rechnung haftet. Von diesem Standpunkte aus erledigt sich also der in der Literatur erhobene Einwand. Andererseits erscheint danach der erste Satz von § 1129 Abs. 4 überflüssig; denn er sagt für Sicherungshypotheken von unbestimmtem Betrage nur das, was nach der Absicht der Kommission von allen Sicherungshypotheken gelten sollte. Die Kommission hatte ihn daher gestrichen und mit Rücksicht hierauf auch den zweiten Satz beseitigt. An Stelle des zweiten Satzes hatte sie eine Vorschrift beschlossen, wonach jede mit Sicherungshypothek versehene Forderung ohne die Hypothek sollte übertragen werden können, und eine solche Uebertragung als Verzicht auf die Hypothek gelten sollte. Wie sich zu diesen Beschlüssen der Bundesrath verhalten hat, ist schon mitgetheilt worden (oben 1896 S. 743 flg.).

Es ist beantragt worden, mehrere Folgerungen aus der Natur der Sicherungshypothek mit unbestimmtem Betrage ausdrücklich im Gesetzbuche auszusprechen. Die Kommission hat es vorgezogen, diese Folgerungen der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu überlassen. Gegen die Richtigkeit der Auffassung des Antragstellers hat sich aber kein Widerspruch erhoben. Diese Auffassung ging dahin, daß, wenn die gesicherte Forderung den Höchstbetrag übersteige, das Grundstück zwar nur bis zum Höchstbetrag hafte, aber doch für jeden Theil der Forderung. Erlösche also ein Theil der Forderung, so werde deshalb noch nicht ein gleich hoher Theilbetrag der Hypothek erledigt. Man müsse abwarten, wieviel die Hypothek im entscheidenden Zeitpunkte betrage. Bis dahin bleibe es im Falle einer Theilbefriedigung in der Schwebe, ob ein Theil der Hypothek Eigenthümerhypothek werde oder auf den rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldner übergehe (S. 4672, S. 4674 Abs. 1) oder zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich bleibe.

Bei den Berathungen der Kommission ist der Antrag gestellt worden, ausdrücklich zu bestimmen, daß der Gläubiger bei einer Sicherungshypothek von nicht festgestelltem Betrage, wenn diese für mehrere Forderungen hafte, die zusammen den Höchstbetrag übersteigen, die Befugniß habe, die Forderungen zu bezeichnen, wofür er die Hypothek geltend mache. Dieser Antrag richtete sich gegen die Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 1885 S. 220 flg. Die Kommission hat ihn abgelehnt. Eine solche Vorschrift sei entbehrlich, denn die gegentheilige Meinung des Reichsgerichts beruhe auf einer Verkennung der Aufgaben des Vollstreckungsgerichts. Sie sei aber auch irreführend; namentlich könne sie Zweifel hervorrufen über das Verhältniß zu § 1080 des Entwurfs (B.G.B. § 1142 Abs. 1) und darüber, wie es zu halten sei, wenn der Gläubiger eine der mehreren gesicherten Forderungen abgetreten habe.

Besondere Arten der Sicherungshypothek sind die Zwangshypothek und die Arresthypothek. Sie sind in ihrem Wesen verschieden, denn die Zwangshypothek ist eine Sicherungshypothek mit festem Betrage (Motive S. 771 Abs. 4), die Arresthypothek dagegen eine solche mit noch zu bestimmendem Betrage (Motive S. 775 Abs. 2 a. E.). In ihrer Entstehung aber sind beide Formen einander ähnlich. Im

Entwurfe waren sie in den §§ 1130 bis 1133 behandelt. Das B.G.B. beschäftigt sich nicht mit ihnen; die Kommission hat die Vorschriften in die C.P.O. verwiesen. Die endgültige Fassung der C.P.O. steht noch nicht fest. Es läßt sich daher noch nicht sagen, was von der Zwangshypothek und der Arresthypothek künftig gelten wird. Immerhin ist es wichtig, zu erfahren, was die Kommission darüber beschlossen hat.

Bei der Zwangshypothek ist die Hauptfrage, ob es überhaupt zulässig sein soll, eine Verurtheilung zu einer Geldleistung durch Eintragung einer Hypothek zu vollstrecken. Die im Entwurfe ausgesprochene Zulassung ist mehrfach angegriffen worden, namentlich von Landwirthen. Auch einzelne Kommissionsmitglieder sind gegen die Zwangshypothek gewesen. Man hat hervorgehoben, daß dem Hülfspfandrecht an beweglichen Sachen nicht sie zu vergleichen sei, sondern der durch Beschlagnahme im Zwangsversteigerungsverfahren hervorgerufene Zustand. Sie lasse sich leicht zur Erlangung wucherlicher Vortheile ausbeuten. Die Kommission hat jedoch an der Zwangshypothek festgehalten. Das, was dem Wucherer eine Handhabe biete, sei nicht sowohl die Zwangshypothek als vielmehr schon der vollstreckbare Schuldtitel. Das Eigenthümliche der Zwangshypothek sei dies, daß hierbei der Gläubiger die vortheilhafte Stellung, die er sonst nur im Zwangsvollstreckungsverfahren vermöge der Beschlagnahme und also nur auf die Dauer des Verfahrens erhalte, auf unbeschränkte Zeit bekommen und ohne die Nöthigung (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung, vom 24. März 1897, §§ 30, 31, besonders § 31 Abs. 2 Satz 1), den Schuldner durch Fortsetzung des Vollstreckungsverfahrens zu drängen. Das sei für beide Theile vortheilhaft. Denn für beide Theile würde es schädlich sein, wenn nicht gewartet werden könnte, sondern das Grundstück ohne Rücksicht auf den augenblicklichen Stand der Grundstückspreise versteigert werden müßte. Für den Schuldner insbesondere sei es überhaupt von Nutzen, wenn der Gläubiger in eine Lage käme, wo er nachsichtig sein könne, ohne dadurch erheblich gefährdet zu werden. Man dürfe hiergegen nicht darauf verweisen, daß der Schuldner freiwillig Hypothek bestellen könne; denn das thue der Schuldner erfahrungsmäßig nicht.

Eine zweite Frage ist, inwieweit die Zwangshypothek zugelassen werden solle. In der Literatur hat man hierüber sowohl hinsichtlich der Voraussetzungen als auch des Gegenstandes verhandelt. Was die Voraussetzungen betrifft, so ist vorgeschlagen worden, eine Zwangshypothek nicht schon bei vorläufig vollstreckbaren Schuldtiteln zuzulassen, sondern nur bei rechtskräftigen. Hinsichtlich des Gegenstandes ist eine lebhafte Bewegung dafür eingetreten, eine gewisse Grundfläche von der Zwangsvollstreckung zu befreien und für unveräußerlich zu erklären (Heimstättenrecht). Man hat sich davon große Vortheile versprochen: Rettung des Schuldners und seiner Familie aus der dringendsten Noth, Entlastung der Armenpflege, intensivere Bewirthschaftung des Bodens, Hemmung der Auswanderung und des Zuzuges der Landleute nach den großen Städten. Andere Schriftsteller haben Bedenken erhoben. Wolle man die Heimstätte, so müsse man sie auch vor vertragsmäßigen Hypotheken sichern. Das Heimstättenrecht führe dann zu einer großen Krediterschwerung (Man bedenke, was für eine unsichere Unterlage für den Realkredit ein Bauergut ohne das Wohngebäude sein würde, zumal bei der in Sachsen bestehenden Beschränkung der Theilbarkeit des Grundes und Bodens). Das Heimstättenrecht erschwere ferner die Theilung unter den Miterben, die Abfindung derjenigen Erben, die das Gut nicht bekommen sollten. Außerdem würde ich bezweifeln, ob sich die Vortheile, die man sich verspricht, auch verwirklichen könnten. Die Armen, die Auswanderer, die nach den großen Städten ziehenden Arbeiter sind doch nicht nur und auch nicht zu

einem erheblichen Theile solche, die durch die Zwangsversteigerung von Haus und Hof vertrieben worden sind. Daß aber vollends jemand, dem der Realkredit verschlossen ist, intensiv wirthschaften werde, ist eine unhaltbare Vorstellung. Richtig ist, daß der Schuldner vor der äußersten Noth behütet sein würde. Das aber wäre dadurch, daß man es ihm unmöglich machte, sich durch Anspannung seines Realkredits auf der Höhe seiner wirthschaftlichen Stellung zu behaupten, viel zu theuer erkauft. — Es giebt in der Heimstättenbewegung noch eine andere Richtung. Diese will nicht sowohl den äußersten Nothbedarf an Grund und Boden, eine Zufluchtsstätte sichern, als vielmehr der Verschuldung der mittleren und kleinen Landwirthe vorbeugen. Danach sollen die Heimstätten die — von den Landesgesetzen zu bestimmende — Größe eines Vollbauernhofes haben können und nur mit amortisirbaren Renten, aber nur bis zum dritten Theile des Werthes, und auch dies nur unter besonderen Voraussetzungen (Mißernte, Meliorationen, Erbtheilung) belastet werden dürfen. Das wäre eine Erschwerung leichtsinnigen Schuldenmachens bei denen, die neben dem Grundbesitz soviel Vermögen haben, daß sie keinen erheblichen Kredit brauchen. Wenn aber jemand nicht soviel Vermögen hat? – Die Kommission ist auf alle diese Dinge nicht eingegangen.

Die dritte Frage bei der Zwangshypothek ist die, wie sie juristisch ausgestaltet werden soll, ob als Sicherungshypothek oder als Buchhypothek. Im sächsischen Recht ist sie Sicherungshypothek (B.G.B. § 397 Satz 3; § 429 Satz 2 in den Worten „soweit die Forderung aus der Eintragung erhellt"). Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das sächsische Recht (Motive 3. Bd. S. 624 Abs. 1) und im Gegensatz zum preußischen Recht hat die erste Kommission beschlossen, die Zwangshypothek als Sicherungshypothek zu gestalten. Man wollte vornehmlich dem Schuldner die Möglichkeit offen halten, Einreden, die nach der letzten mündlichen Verhandlung entstanden sind, auch dem dritten gutgläubigen Erwerber der Zwangshypothek entgegen zu stellen (Motive S. 624 Abs. 2 a. E.). Von den Schriftstellern, die sich mit der Frage befaßt haben, ist die große Mehrheit der ersten Kommission beigetreten. Die zweite Kommission hat dem Beschlusse der ersten Kommission ohne Debatte zugestimmt.

Bei den allgemeinen Grundlagen der Zwangshypothek des Entwurfs hat es mithin die Kommission gelassen. In Einzelheiten aber ist Einiges geändert worden. Namentlich hat man eine neue Vorschrift beschlossen, wonach das Grundstück kraft der Zwangshypothek ohne weiteres auch für die Kosten der Zwangsvollstreckung haften soll; das biete den doppelten Vortheil, daß nach dem Eintrag der Zwangshypothek nicht eine neue Zwangshypothek wegen der Eintragskosten erforderlich werde, was sich dann eigentlich immer fortsetzen müßte, und daß das Grundbuchamt die Kosten nicht zu prüfen brauche. — Weiter sollen mit Rücksicht auf § 708 Abs. 1 Satz 2 der C.P.O. die Zwangshypotheken und die Arresthypotheken auf dem vollstreckbaren Schuldtitel vermerkt werden.

Nach § 1131 des Entw. hat der Schuldner einen klagbaren Anspruch (Motive S. 775 Abs. 1) darauf, daß der Gläubiger, der durch Zwangshypotheken eine mehr als mündelmäßige Sicherheit erlangt hat, das hierüber Hinausgehende löschen lasse. Die Kommission will dem Schuldner auf anderem Wege helfen: Zwangshypotheken sollen niemals Gesammthypotheken sein dürfen; der Gläubiger, der sich an mehrere Grundstücke des Schuldners halten will, hat vielmehr den Betrag der Forderung darauf zu vertheilen.

Endlich hat die Kommission beschlossen, als Gegenstände der Zwangshypothek neben den Grundstücken auch die Folienrechte zu bezeichnen.

Für die Arresthypothek sind die beiden zuletzt bezeichneten Beschlüsse gleichfalls gefaßt worden. Außerdem soll gesagt werden, daß der Antrag auf Eintragung einer Arresthypothek im Sinne von C.P.O. § 809 Abs. 2 und 3 als Vollziehung des Arrestbefehls gelte. Das war schon im ersten Entwurfe eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ausgesprochen und S. 377 flg. der Motive dieses Gesetzes begründet worden.

Es sind verschiedene Vorschläge aufgetaucht, die darauf berechnet waren, Hypotheken zu schaffen, die noch verkehrsfähiger sein sollten, als die Briefhypotheken. Namentlich wollte man die Blankozession der Briefhypothek zugelassen und Hypotheken für Forderungen aus Inhaberpapieren und Orderpapieren eingeführt haben. Auf letzteres ist die Kommission eingegangen; auf die Blankozession der Briefhypothek aber nicht. Gegen die Blankozession ist eingewendet worden, daß dadurch eine wirklich umlaufsfähige Hypothek nicht geschaffen werde. Denn der Erwerber — der ja keine öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen für sich hat — müsse sich Einreden aus der Person der Zwischenmänner gefallen lassen. Nun könne man das freilich durch besondere Vorschrift ausschließen. Es gebe aber noch andre Bedenken: Die Gefahr des Verlusts der Briefhypothek würde für den Gläubiger gesteigert, die Einbürgerung der Briefhypothek würde erschwert, die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaberpapieren könnte dann leichter umgangen werden.

Was nun die Hypotheken für Inhaberpapiere betrifft, so hat die Kommission zwar die Pfandbriefe und Prioritäten der Sondergesetzgebung überlassen wollen. Das Bedürfniß sei aber auch sonst vorhanden; namentlich bei Großgrundbesitzern und Großindustriellen, Gemeinden und Bergwerksgesellschaften (Gewerkschaften). Für den kaufmännischen Verkehr habe sich im Anschlusse an die Vorschrift in Art. 301 des H.G.B.'s auf Grund des Vorschlags einer im Jahre 1874 zusammengetretenen Sachverständigen-Kommission die Uebung gebildet, daß eine Sicherungshypothek für einen Treuhänder eingetragen werde. Diese Uebung sei vom Kammergericht in Berlin anerkannt worden, und es seien auf diese Weise 30 bis 40 Gattungen Inhaberpapiere im Gesammtwerthe von 500 Millionen Mark im Umlauf. Die Kommission habe sicher keinen Grund, der Uebung entgegen zu treten. Diese sei aber mit den bisher beschlossenen Vorschriften nicht vereinbar; namentlich deshalb nicht, weil künftig eine Sicherungshypothek nur durch Umschreibung im Buche übertragen werden könne. Schon hieraus ergebe sich die Nothwendigkeit besonderer Vorschriften; namentlich aber auch daraus, daß das Bedürfniß weiter reiche, als die Anwendbarkeit von Art. 301 des HGB.'s.

Die Kommission hat als selbstverständlich vorausgesetzt, daß eine Hypothek für Forderungen aus Inhaberpapieren nur eine Sicherungshypothek sein könne. Das ist auch in der That unvermeidlich. Das Wesentliche der Sicherungshypothek ist dies, daß hier der Eintrag für das Bestehen der Forderung keinen Beweisgrund bildet, geschweige denn dem gutgläubigen dritten Erwerber eine Gewähr bietet. Bei der festen Hypothek ist das umgekehrt, und eben deshalb kann diese nicht für Forderungen aus Inhaberpapieren haften. Hier hängt die Forderung am Besitz des Papiers; sie kann nicht gleichzeitig am Eintrage hängen, da dieser keineswegs zu demselben Ergebnisse zu führen braucht, wie der Besitz des Papiers. Nun hat zwar die Gesammtkommission nicht beschlossen, im Gesetze ausdrücklich zu sagen, daß eine Hypothek für Forderungen aus Inhaberpapieren nur eine Sicherungshypothek sein könne. Die Redaktionskommission aber hat das gethan und dabei hervorgehoben, daß die Hypothek auch dann Sicherungshypothek sei, wenn sie im

Grundbuche nicht ausdrücklich als solche bezeichnet werde (B.G.B. § 1187 Satz 1 und 2).

Es ist weiter zu bedenken, daß zu der Zeit, wo eine Sicherungshypothek für Inhaberpapiere zweckmäßig bestellt wird — vor Begebung der Anleihe —, Niemand da ist, mit dem sich der Grundstückseigenthümer im Sinne von B.G.B. § 873 Abs. 1 über die Bestellung der Hypothek einigen könnte. Es soll daher an Stelle einer solchen Einigung die einseitige Erklärung des Eigenthümers genügen (B.G.B. § 1188 Abs. 1).

Nach § 1170 des B.G.B.'s kann in der Regel jeder Hypothekengläubiger, wenn er unbekannt ist, im Aufgebotsverfahren mit seinem Rechte ausgeschlossen werden, wenn seit der letzten sich auf die Hypothek beziehenden Eintragung in das Grundbuch zehn Jahre verstrichen sind. Bei Hypotheken für Inhaberpapiere paßt das nicht; es würde mit der dreißigjährigen Vorlegungsfrist des § 801 nicht im Einklange stehen. Die Kommission hat durch die Vorschrift in § 1188 Abs. 2 die erforderliche Vorkehrung getroffen.

Weiter hatte die Kommission ursprünglich eine Bestimmung dahin beschlossen, daß trotz der Hypothek die Forderung nicht durch Eintrag, sondern nach dem Rechte der Inhaberpapiere übertragen werde. Diese Vorschrift war zunächst dadurch überflüssig geworden, daß die Kommission, als sie später über die Sicherungshypothek berieth, zu dem Beschlusse gelangt war, die Uebertragung aller durch Sicherungshypotheken gedeckten Forderungen unter die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse zu stellen. Es war daher die besondre auf Inhaberpapiere bezügliche Vorschrift in den Entwurf zweiter Lesung nicht aufgenommen worden. Der Bundesrath aber, der im Allgemeinen bei der Uebertragung der durch Sicherungshypotheken gedeckten Forderungen entgegengesetzter Ansicht gewesen ist, hat die Vorschrift wieder hergestellt (B.G.B. § 1187 Satz 3).

Keine Bestimmung ist dahin getroffen worden, daß auch die für Inhaberpapiere bestellte Sicherungshypothek ohne Umschreibung im Grundbuche lediglich mit den Inhaberpapieren übergeht. Man könnte eine solche Vorschrift erwarten. Man könnte fragen wollen, wie die Besitzer der Inhaberpapiere die Hypothek geltend machen sollen, wenn sie nicht mit dem Besitze der Papiere auf sie übergegangen ist. Um so mehr könnte man eine Vorschrift hierüber erwarten, als die Kommission nach Seite 4632 der Protokolle gerade auch um deswillen eine besondre Regelung der Hypotheken für Inhaberpapiere für nöthig gehalten hat, weil nach den allgemeinen Grundsätzen „eine Uebertragung des Rechts aus der Hypothek der Eintragung im Grundbuch bedürfe, um gültig zu sein." Indeß das Protokoll ist hier voraussetzlich nicht genau. Denn es handelt sich bei der dortigen Erwägung um die Frage, ob es besonderer Bestimmungen bedürfe, um die Fortdauer der bestehenden preußischen Praxis zu ermöglichen. Nach der preußischen Praxis wird aber das Recht aus der Hypothek überhaupt nicht übertragen; es bleibt vielmehr immer beim Treuhänder, der es nöthigenfalls zu Gunsten der Besitzer der Papiere geltend zu machen hat. Es ist also vermuthlich nicht sowohl von der Uebertragung des Rechtes aus der Hypothek, als vielmehr von der Uebertragung der gesicherten Forderung die Rede gewesen. Immerhin ist die Thatsache, daß die Kommission über die Uebertragung des Rechtes aus der Hypothek keine besondere Vorschrift beschlossen hat, sehr bemerkenswerth. Sie giebt einen Fingerzeig darüber, wie sich die Kommission das Rechtsverhältniß gedacht hat. Dieser Fingerzeig ist um so werthvoller, als die Protokolle sonst nichts enthalten.

Sieht man auf die Protokolle, so sollte man meinen, die Kommission habe

einfach die preußische Praxis aufrecht erhalten wollen; also nicht nur die Möglichkeit, für Inhaberpapiere eine Sicherungshypothek zu bestellen, überhaupt, sondern auch die Art und Weise, wie das in Preußen verwirklicht wird. So kann es aber nicht gemeint sein. Erstens lehnt sich die preußische Praxis an Art. 301 des H.G.B.'s an, bezieht sich also nicht sowohl auf Inhaberpapiere, als vielmehr auf Orderpapiere mit Blanco-Indossament. Zweitens gehört in Preußen die Sicherungshypothek nicht sowohl den Besitzern der Papiere, als vielmehr dem Treuhänder, der sie nur zu Gunsten der Besitzer der Papiere zu verwalten hat. Das ist mit dem deutschen B.G.B. nicht vereinbar. Denn nach § 1113 Abs. 1 gehört es zum Begriffe der Hypothek, daß die Forderung, zu deren Sicherung sie dient, dem Berechtigten zusteht („wegen einer ihm zustehenden Forderung"); und bei der Sicherungshypothek für Inhaberpapiere wird hiervon keine Ausnahme gemacht. Es kann zwar auch nach dem deutschen B.G.B. jemand bestellt werden, der die Besitzer der Inhaberpapiere bei Verfügungen über die Hypothek und bei deren Geltendmachung vertritt. Das ist aber kein Treuhänder, auf dessen Namen die Hypothek lautete, sondern einfach ein Vertreter, ein Bevollmächtigter mit unwiderruflicher Vollmacht im Sinne der letzten Worte von B.G.B. § 168 Satz 2 (vgl. B.G.B. § 1189 Abs. 1 Satz 1). Als Vertreter, nicht als Inhaber der Hypothek, wird er auch in das Grundbuch eingetragen (B.G.B. § 1189 Abs. 1 Satz 2). Nur die Besonderheit besteht, daß der Vertreter im eignen Namen auf Vornahme von Verfügungen über die Hypothek belangt werden kann (B.G.B. § 1189 Abs. 2). Deshalb aber ist er noch nicht Treuhänder. Die Vorschrift steht vielmehr auf einer Linie mit § 1318 des sächsischen B.G.B.'s, wonach der Bevollmächtigte dem Dritten insoweit unmittelbar haftet, als er dem Vollmachtgeber gehörige, zur Befriedigung des Dritten geeignete Mittel in den Händen hat. Die Vorschriften in § 1189 des B.G.B.'s sind auch gar nicht zu dem Zwecke beschlossen worden, um die Eintragung der Hypothek auf den Namen des Vertreters der Gläubiger zu ermöglichen. Davon ist gar nicht die Rede gewesen. Zwar wird der Vertreter in dem Protokolle der Kommission mehrfach „Treuhänder" genannt. Allein abgesehen davon, daß diese Bezeichnung nicht in das Gesetz übergegangen ist, hat sie auch bei den Berathungen keinen bestimmten Sinn gehabt. Im Gegentheil hat es die Mehrheit der Kommission ausdrücklich abgelehnt, zu der Frage nach dem Begriffe des „Treuhänders" Stellung zu nehmen; es genüge, die Bestellung eines solchen zuzulassen. Bei den Berathungen sind verschiedene Ansichten hervorgetreten. Nach der einen wäre der „Treuhänder" ein Vertreter des Schuldners, der aber zugleich die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen habe; nach der andern verhielte es sich gerade umgekehrt; nach einer dritten sollte er der Vorstand einer Gemeinschaft der Gläubiger sein. Die Kommission hat sich hierauf nicht eingelassen. Fragt man, weshalb sie die besondere Erlaubniß des § 1189 Abs. 1 Satz 1 überhaupt für nöthig gehalten habe, so ergiebt sich aus den Protokollen kein anderer Grund, als der, daß es bei den Berathungen bezweifelt worden ist, ob es nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig sei, eine Vollmacht so zu ertheilen, daß die Vollmachtgeber erst später durch den Erwerb der einzelnen Schuldverschreibungen bestimmt würden. Gegen welchen Rechtssatz das verstoßen soll, ist freilich nicht gesagt, und der Zweifel von anderer Seite als grundlos bekämpft worden. Die Kommission aber hat zu der theoretischen Frage nicht Stellung genommen und anscheinend eine ausdrückliche Entscheidung des Zweifels für rathsam gehalten.

Wie hat sich nun unter solchen Umständen die Kommission den Uebergang der Sicherungshypothek auf die späteren Erwerber der Inhaberpapiere gedacht? Ein

Fingerzeig hierüber liegt, wie schon angedeutet wurde, darin, daß sie überhaupt nichts vom Uebergange gesagt hat: Sie wird angenommen haben, daß gar kein Uebergang stattfinde. Es verhält sich, wie bei den Inhaberpapieren selbst: Wer Gläubiger aus dem Inhaberpapiere ist, ist dies nicht deshalb, weil es sein Vormannn gewesen wäre und ihm das Papier übertragen hätte; sondern er ist es, weil er das Papier hat. Ebenso bei der Sicherungshypothek: Die Besitzer der Papiere haben die Hypothek nicht deshalb, weil sie ihnen von ihren Vormännern übertragen worden wäre, sondern um deswillen, weil sie sich durch den Besitz der Papiere als diejenigen ausweisen, für welche die Hypothek nach der Fassung des Eintrags von vorn herein bestimmt ist. Denn die Hypothek wird nicht für diejenigen eingetragen, die den Besitz der Papiere zur Zeit des Eintrags haben; sie haftet vielmehr den Besitzern der Papiere schlechthin, ohne jede Bestimmung eines Zeitpunktes.

Endlich ist noch eine Vorschrift für die Grundb.-O. beschlossen worden: Die Eintragung einer dem Erwerber des Inhaberpapiers nachtheiligen Verfügung über die Hypothek sowie die Eintragung von ihm nachtheiligen Berichtigungen, Widersprüchen oder Vormerkungen darf auf Bewilligung des Gläubigers hin nur erfolgen, wenn das Papier dem Grundbuchamte vorgelegt wird. Dieses hat den Eintrag auf dem Papiere zu vermerken. Ganz so ist die Vorschrift nicht in die Grundb.O. gekommen: Jede Eintragung, auch eine solche, die nicht auf Bewilligung des Gläubigers beruht, setzt die Vorlegung des Briefes voraus (Grundb.O. § 44 Abs. 1). Davon wird nur für den von der Kommission nicht ausgenommenen Fall eine Ausnahme gemacht, wo der Eintrag auf Bewilligung des Vertreters der Gläubiger beruht oder auf einer gegen ihn erlassenen gerichtlichen Entscheidung (Grundb.O. § 44 Abs. 2).

Die Vorschriften, welche die Kommission über Hypotheken für Inhaberpapiere beschlossen hat, sind nachmals zum Theil auch auf Hypotheken für Orderpapiere übertragen worden; und zwar diejenigen, die sich beziehen auf die Natur der Hypothek als Sicherungshypothek, auf den Uebergang der gesicherten Forderungen und auf den Vertreter der Gläubiger (B.G.B. §§ 1187, 1189).

Die Beschlüsse über Hypotheken für Inhaberpapiere und Orderpapiere waren zunächst nur versuchsweise gefaßt worden; die Kommission wollte sehen, was herauskäme, ehe sie sich darüber schlüssig machte, ob etwas derartiges in das Gesetzbuch aufzunehmen sei. Schließlich aber hat man die beschlossenen Vorschriften endgültig beibehalten. Es ist zwar eingewendet worden, daß sie unklar seien, daß man namentlich nicht ersehen könne, welche Stellung der Vertreter der Gläubiger im Prozesse einnehme, wer da die Eide zu leisten habe, ob der Vertreter der Gläubiger in einem Prozesse zwischen Besitzern der Papiere und dem Schuldner als Zeuge auftreten könne u. s. f. Die Kommission hat das aber der Praxis und der Wissenschaft überlassen wollen.

Bei Berathung des kleinen Titels von der Grundschuld (§§ 1135 bis 1144 des Entw.) hat die Kommission mehrere Aenderungen beschlossen, von denen einige recht wichtig sind. Die wichtigeren sollen zuerst erwähnt werden. Die eine geht dahin, die Begründung von Grundschulden ohne Grundschuldbrief zuzulassen. Zu diesem Zwecke ist § 1138 gestrichen und in § 1136 nicht auf das Recht der Briefhypothek, sondern auf das Recht der Hypothek verwiesen worden (B.G.B. § 1192). Die Grundschuld ohne Grundschuldbrief sei keine neue Form. Es bestehe dabei dasselbe Verhältniß wie in dem Falle, wo eine Buchhypothek zur Eigenthümerhypothek geworden sei. Mithin sei kein Grund vorhanden, dem Willen der Par-

teien entgegen zu treten. Während hier die Kommission von der Verkehrsfähigkeit abgesehen hat, ist diese für die Grundschuld mit Grundschuldbrief gesteigert worden: Es soll zulässig sein, den Grundschuldbrief auf den Inhaber zu stellen (B.G.B. § 1195). Das Verhältniß ist etwas anders als bei den Sicherungshypotheken für Inhaberpapiere. Die Besitzer der Grundschuldbriefe auf den Inhaber sind nicht berechtigt aus Inhaberpapieren, die durch eine Grundschuld gesichert wären; sie sind vielmehr Grundschuldgläubiger und sonst nichts. Dieser Unterschied aber ist nicht willkürlich; er folgt mit Nothwendigkeit aus dem Wesen der Grundschuld. Wenn daher § 1192 Abs. 1 des B.G.B.'s sagt, daß auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung finden, so wird das auch von den Vorschriften über die Sicherungshypothek für Inhaberpapiere gelten. Also die Begründung einer solchen Grundschuld, deren Grundschuldbrief auf den Inhaber lautet, wird keines dinglichen Vertrags, sondern statt dessen nur der einseitigen Erklärung des Eigenthümers bedürfen (§ 1188 Abs. 1); es wird ein Vertreter der Gläubiger mit der in § 1189 Abs. 1 bezeichneten Befugniß bestellt werden können (was durch § 43 Satz 2 der Grundb.O. bestätigt wird); u. s. f.

Die Grundschuld ist, wenn der Grundschuldbrief auf den Inhaber lautet, nicht, wie sonst, mit der festen Hypothek zu vergleichen, sondern mit der Sicherungshypothek: Die Grundschuldbriefe auf den Inhaber unterstehen den Vorschriften über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (B.G.B. 1195 Satz 2); die Schicksale der Grundschuld entscheiden sich also außerhalb des Grundbuchs; aus dem Buche sind sie nicht erkennbar.

Während durch Zulassung von Grundschuldbriefen auf den Inhaber die Verkehrsfähigkeit der Grundschuld gesteigert worden ist, hat es die Kommission andererseits abgelehnt, die Blankozession der auf Namen lautenden Grundschuldbriefe zuzulassen. Es beständen dagegen dieselben Bedenken wie bei der Hypothek. Auch lasse sich der Zweck einer solchen Einrichtung gar nicht erreichen, da es bei der Blankozession an der persönlichen Legitimation des Briefbesitzers fehle. Er könne nur beweisen, daß abgetreten sei, aber nicht darthun, daß an ihn abgetreten sei. Eine entsprechende Anwendung des § 1155 des B.G.B.'s sei daher nicht möglich; es fehle dafür an jeder Unterlage. Ohne solche entsprechende Anwendung aber sei ein verkehrsfähiger Grundschuldbrief nicht zu beschaffen; der Besitzer könne sich nicht darauf verlassen, wirklich Grundschuldgläubiger zu sein, bleibe den Einreden des Eigenthümers ausgesetzt, könne sich nicht ohne weiteres in das Grundbuch eintragen lassen, ja nicht einmal die Grundschuld geltend machen (§ 1160 des B.G.B.'s). Unter solchen Umständen habe die Blankozession keinen Zweck.

Neben den beiden wichtigen Beschlüssen über die Grundschuld ohne Grundschuldbrief und über die Grundschuldbriefe auf den Inhaber sind noch einige Einzelheiten zu erwähnen. Nach § 1137 des Entw. ist die Bestellung einer Grundschuld unwirksam, wenn eine Bedingung oder eine Zeitbeschränkung beigefügt wird. Diese Vorschrift will verhüten, daß Grundschulden entstehen, die nicht verkehrsfähig sind. Die Kommission aber hat, nachdem von ihr Grundschulden ohne Grundschuldbriefe zugelassen worden waren, auch hier keinen Grund gefunden, dem Parteiwillen entgegenzutreten; der § 1137 ist daher gestrichen worden. — Nach § 1140 des Entw. kann ein Grundschuldgläubiger gegebenen Falls Verzugszinsen verlangen. Eine ausdrückliche Vorschrift dieses Inhalts ist nöthig. Denn der Schuldner haftet nur mit dem Grundstück; es besteht keine Pflicht für ihn, den Gläubiger außerhalb der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung zu bezahlen, sondern nur eine Befugniß zu solcher Bezahlung (B.G.B. §§ 1191, 1192, 1147, 1142). Von

Verzug im strengen Sinne des Wortes kann also hier nicht die Rede sein. Die Kommission hat denn auch am Inhalte der Bestimmung nichts geändert. Sie hat aber erwogen, daß bei der Hypothek, wenn der Pfandschuldner nicht zufällig zugleich persönlicher Schuldner ist, die Sache ebenso liegt. Es ist daher der Redaktionskommission anheim gegeben worden, die Vorschrift unter die Bestimmungen über die Hypothek zu versetzen, so daß sie auf die Grundschuld nur kraft der allgemeinen Verweisung in B.G.B. § 1192 anwendbar würde. Die Redaktionskommission hat das auch gethan (B.G.B. § 1146). — § 1143 des Entw. bestimmte den Inhalt der Eigenthümergrundschuld. Er verwies hierüber auf die Grundsätze von der Eigenthümerhypothek. Diese Verweisung wurde neben der allgemeinen Verweisung in § 1136 für nöthig gehalten, „um Zweifeln vorzubeugen, welche aus der zwischen Hypothek und Grundschuld bestehenden Verschiedenheit entnommen werden könnten" (Motive S. 795 Abs. 1). Was das für Zweifel hätten sein können, war nicht gesagt. Die Kommission hat solche nicht befürchtet, sondern den § 1143 gestrichen. — § 1144 des Entw. handelte von der Verwandlung der Grundschuld in eine Hypothek und umgekehrt. Ueber den hierzu gefaßten Beschluß der Kommission ist schon berichtet worden (oben 1896 S. 744 Abs. 2).

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß bei den Berathungen der Kommission Meinungsverschiedenheiten über Folgerungen aus der Natur der Grundschuld aufgetaucht, jedoch nicht entschieden worden sind. Es hat sich dabei um die beiden Fragen gehandelt, ob die neu beschlossenen Vorschriften über den Erwerb der Hypothek durch den rückgriffsberechtigten persönlichen Schuldner, der den Gläubiger befriedigt, und über den Erwerb der Gesammthypothek durch den bezahlenden Eigenthümer eines der Pfandgrundstücke (oben 1896 S. 749) bei der Grundschuld entsprechend anwendbar seien. Die Gründe für die einander entgegenstehenden Ansichten sind aus den Protokollen (S. 4712 flg.) nicht zu ersehen. Bei einer eingehenden Prüfung der Fragen würde die Vorschrift in § 53 Abs. 2 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung nicht übersehen werden dürfen.

Im B.G.B. folgt auf die Grundschuld die Rentenschuld. Die Kommission hat aber bei der Berathung erst die Reallasten erledigt, ehe sie sich zur Rentenschuld wandte. In dieser Reihenfolge sind die Vorschriften auch leichter zu verstehen. Hier sollen daher gleichfalls **die Reallasten** vorgenommen werden (§§ 1051 bis 1061 des Entw.).

Nach § 1051 des Entw. ist für die Reallast zweierlei wesentlich: Der jeweilige Eigenthümer eines Grundstücks ist zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, und das Grundstück haftet für rückständige Leistungen wie für Hypothekenzinsen. Zur Erläuterung der Verpflichtung des Eigenthümers wird in § 1056 hinzugefügt, daß diese, soweit sie sich auf die während seines Eigenthums fällig werdenden Leistungen bezieht, eine persönliche sei, und daß er durch Beendigung seines Eigenthums davon nicht frei werde. An diesen grundlegenden Bestimmungen ist Wichtiges geändert worden. Zuerst, die persönliche Verpflichtung des Eigenthümers soll nicht wesentlich sein. Als Regel zwar soll sie beibehalten werden. Sie sei zweckmäßig: Bei Verpflichtungen zum Thun erleichtere sie die Erzwingung; sie erspare es dem Gläubiger, wegen geringfügiger Beträge die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu beantragen. Nothwendig aber sei sie nicht. Bei dem alten Rentenkauf habe keine persönliche Haftung bestanden. Ein rechtsgerichtlicher Grund für deren Nothwendigkeit sei also nicht vorhanden. Auch sonst sei keiner ersichtlich. Es müsse also erlaubt sein, auf die persönliche Haftung des Eigenthümers zu verzichten. Wie neben der Hypothek die Grundschuld stehe, so müsse neben die Reallast mit persönlicher

Haftung die Reallast ohne persönliche Haftung gestellt werden. Der erste Absatz des § 1056 ist danach geändert worden (B.G.B. § 1108 Abs. 1).

Weiter der Grundsatz, daß das Grundstück für rückständige Leistungen wie für Hypothekenzinsen hafte, ist zwar beibehalten worden, die Kommission hat ihn aber in zwei Theile zerlegt. Zum Begriffe der Reallast wesentlich soll nur sein, daß aus dem Grundstück wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind (B.G.B. § 1105 Abs. 1). Daß aber das Grundstück für diese wie für Hypothekenzinsen hafte, soll nur nebenher vorgeschrieben werden (B.G.B. § 1107). — Durch die Vorschrift des § 1107 wird, worauf dem sächsischen Rechte gegenüber aufmerksam zu machen ist, dem Realberechtigten insbesondere die Befugniß gegeben, wegen der Rückstände die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks ebenso zu beantragen, wie dies der Hypothekengläubiger wegen der Hypothekenzinsen kann.

Mit der Bestimmung, daß das Grundstück für Rückstände wie für Hypothekenzinsen hafte, ist das Recht der Hypothekenzinsen nicht vollständig wiedergegeben; über das Verhältniß des Gläubigers zu Dritten ist damit nichts gesagt. Der Entwurf gab aber dem Gläubiger gegen Beeinträchtigungen seines Rechts, die von einem Dritten ausgingen, eine Klage nach Art der Negatorienklage (§ 1055). Auf die Bestimmungen über den Schutz der Hypothek gegen Dritte (Entw. §§ 1072 bis 1074) wurde also nicht verwiesen. Die Kommission hat nun aber, wie oben mitgetheilt wurde (1896 S. 729), dem Hypothekengläubiger eine unzweifelhafte Pfandschutzklage gegeben (B.G.B. § 1134 Abs. 1). Es hätte nahe gelegen, bei der Reallast hierauf zu verweisen. Das ist aber nicht geschehen. Im Gegentheil: § 1055 des Entw. ist gestrichen worden. Eines Schutzes, der über die Feststellungsklage hinausginge, bedürfe der Berechtigte nicht. Denn daß ein Dritter das Recht beeinträchtige, sei nicht denkbar. Wenn nun aber ein Dritter das Grundstück so beschädigt, daß die Sicherheit geschmälert wird, die es für die Rückstände bietet?

Von allgemeiner Bedeutung war noch § 1052 des Entwurfs. Danach konnten bei einer Reallast die Leistungen nicht in einem Unterlassen bestehen. Die Motive (III S. 585) sagen, damit solle verhütet werden, daß in der Gestalt von Reallasten Rechte geschaffen würden, die den Inhalt von Dienstbarkeiten hätten. Die Kommission hat aber den § 1052 gestrichen. Damit ist nicht gesagt, daß nun solche Rechte zulässig wären. Es liegt vielmehr einer derjenigen Beschlüsse vor, über deren Sinn die Mehrheit, die sie gefaßt hat, selbst verschiedener Ansicht gewesen ist: Einige Kommissionsmitglieder haben die Vorschrift für selbstverständlich gehalten, weil nach B.G.B. § 1105 eine Reallast nur auf wiederkehrende Leistungen gehen könne und die Leistungen aus dem Grundstücke zu gewähren seien. Andere Kommissionsmitglieder dagegen haben gemeint, die Begriffsbestimmung des § 1105 stehe den Reallasten auf Unterlassen nicht entgegen; namentlich enthielten die Worte „aus dem Grundstücke" nur eine bildliche Bezeichnung der Haftung des Grundstückes, denn Geldzahlungen könne man auch nicht wörtlich „aus dem Grundstücke" entrichten. § 1052 sei vielmehr deshalb zu streichen, weil der Landesgesetzgebung, die überhaupt den Inhalt der Reallasten zu bestimmen habe (Einf. Ges. Art. 115, 113), auch bei den Reallasten auf Unterlassung freie Hand gelassen werden müsse.

Nach § 1053 des Entw. kann ein Bruchtheil eines Grundstücks nicht mit einer Reallast belastet werden. Der Entwurf macht dabei keinen Unterschied, ob der Alleineigenthümer einen Antheil oder der Miteigenthümer seinen Antheil belasten will: Beides soll ungültig sein. Die Kommission dagegen hat dem Miteigen-

thümer die Belastung seines Antheils gestattet. Sie will es möglich machen, daß ein Erbe seine Miterben mit einer Geldrente abfinde (B.G.B. § 1106.).

An § 1058 des Entw. hat zwar die Gesammtkommission selbst nichts geändert. Wohl aber ist von ihr die Redaktionskommission zu einigen Erläuterungen ermächtigt worden, und diese sind erfolgt. § 1058 befaßt sich mit der Theilung eines Grundstücks, dessen jeweiligem Eigenthümer die Reallast zusteht (also nicht des belasteten Grundstücks). Da kann nun zunächst der Eigenthümer bestimmen, mit welchem Theile die Reallast verbunden werden soll. Trifft er eine solche Bestimmung, so fragt sich, ob diese als Aenderung des Rechts im Grundbuche einzutragen sei. Das hat die Redaktionskommission bejaht (B.G.B. § 1109 Abs. 2 Satz 2; zu vgl. § 877). Bestimmt ferner der Eigenthümer nichts, so besteht die Reallast für die einzelnen Theile fort. Das ist dahin verdeutlicht worden, daß im Zweifel der Verpflichtete durch die Ausübung nicht mehr als vorher beschwert werden darf (B.G.B. § 1109 Abs. 1 Satz 3).

Schließlich hat die Kommission noch eine neue Vorschrift beschlossen, die aber nur für solche Reallasten gelten soll, wobei der Gläubiger nicht durch das Eigenthum an einem Grundstücke bestimmt wird: Es soll hierbei, wenn der Gläubiger unbekannt ist, das Aufgebotsverfahren in derselben Weise zulässig sein, wie bei Hypotheken (B.G.B. § 1112).

Anträge darauf, reichsrechtlich den zulässigen Inhalt der Reallasten zu bestimmen oder doch die Ablösbarkeit sämmtlicher Reallasten auszusprechen, sind von der Kommission abgelehnt worden. Der gegenwärtige Rechtszustand, die wirthschaftlichen Bedürfnisse, die Natur der einzelnen Reallasten seien zu verschieden, als daß eine einheitliche Regelung thunlich wäre. Die Ablösungsgesetzgebung sei in der Beschränkung der Reallasten vielfach zu weit gegangen; namentlich seien gewisse Reallasten auf Thun — es wird dabei auf die sächsischen Verhältnisse hingewiesen[2]) —, weiter aber auch Reallasten auf Lieferung nicht nur von Geld und Getreide, sondern auch von Torf, Thon, Holz für mancherlei moderne Verhältnisse zweckmäßig. Andrerseits gehe es nicht an, solche Reallasten auch denjenigen Rechtsgebieten wieder aufzudrängen, wo man jetzt ohne sie auskomme.

Ueber **die Rentenschuld** (B.G.B. §§ 1199 bis 1203) war im Entwurfe nichts gesagt. Ueber die Gründe ihrer Einführung ist früher berichtet worden (1896 S. 724 Abs. 4, S. 726 Abs. 4). Hinzuzufügen wäre, daß in der Literatur die Reallast namentlich um deswillen nicht als ausreichend bezeichnet worden ist, weil das Bedürfniß auch Rentenbriefe nach Art der Grundschuldbriefe erfordere. So ist denn die Rentenschuld als Grundschuld gestaltet worden (B.G.B. § 1199 Abs. 1, § 1200 Abs. 1).

Ueber den Begriff der Rentenschuld wurde früher bemerkt, daß sich diese von einer Reallast, die auf Geld gerichtet und bei der auf die persönliche Haftung des Eigenthümers verzichtet worden sei, nur schwer unterscheiden lasse (1896 S. 726 flg.). In der That ist das Wesentliche sowohl bei einer solchen Reallast als auch bei der Rentenschuld, daß wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind (B.G.B. § 1105 Abs. 1, § 1199 Abs. 1). Daß bei der Rentenschuld die Leistungen regelmäßig wiederkehren müssen, begründet keine Unterscheidung. Denn das ist bei der Reallast zwar nicht nöthig, aber zulässig, ja auch bei ihr der regelmäßige Fall.

---

[2]) Man denke an die Verpflichtung von Grundstücksnachbarn einer Eisenbahn zur Reinigung und Instandhaltung der am Eisenbahndamm hinlaufenden Gräben.

Nun heißt es aber bei der Reallast: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß zc.", während bei der Rentenschuld gesagt wird: „Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß". Was bedeutet diese Verschiedenheit? Sie bedeutet, daß bei der Rentenschuld neben den wiederkehrenden Leistungen auch ein Kapital geschuldet wird, und daß dieses unter Umständen wie eine Grundschuld beigetrieben werden kann.

Bei den Reallasten kann es auch vorkommen, daß der Gläubiger nicht nur wegen der einzelnen Rückstände, sondern wegen der Last im Ganzen zu befriedigen ist. Es kann aber nie vorkommen, daß er diese Befriedigung aus dem Grundstücke beitreibt. Die Befriedigung wegen der Last im Ganzen erfolgt vielmehr nur, wenn ein anderer Gläubiger das Grundstück zwangsweise versteigern läßt und die Reallast hierbei zu den dem betreibenden Gläubiger nachstehenden, also durch Baarzahlung zu tilgenden Forderungen gehört; dann ist ihr Werth abzuschätzen, und zwar bei ablösbaren Rechten auf den Betrag der Ablösungssumme, und dieser Betrag ist dem Gläubiger aus dem Versteigerungserlös zu bezahlen. Er wird aber nicht, wie das für die Rentenschuld vorgeschrieben ist, nach Art einer Grundschuld bezahlt; der Gläubiger bekommt vielmehr nur Renten (Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 § 92, § 121). Nun kann zwar ganz dasselbe Verfahren bei der Rentenschuld auch vorkommen; dann nämlich, wenn ein dem Rentengläubiger nachstehender Gläubiger das Grundstück versteigern läßt, ohne daß die Ablösungssumme fällig wäre. Wenn aber die Ablösungssumme fällig ist, dann kann sie wie eine Grundschuld aus dem Grundstücke beigetrieben werden; erstens also kann dann der Rentengläubiger die Zwangsvollstreckung in das Grundstück wegen der Ablösungssumme selbst betreiben, und zweitens ist ihm diese dann als Kapital zu gewähren, nicht in Renten. Hierin liegt der einzige wesentliche Unterschied zwischen Reallast und Rentenschuld. Die Vorschrift in B.G.B. § 1199 Abs. 2 gehört also zur Begriffsbestimmung der Rentenschuld, obwohl das in der Fassung des Gesetzbuchs nicht hervortritt. Darnach scheint es vielmehr, als ob es sich nur um ein wesentliches Erforderniß der Bestellung handle. Es wird nämlich, nachdem die Begriffsbestimmung anscheinend im Abs. 1 erledigt ist, so fortgefahren: Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann. Die Ablösungssumme muß im Grundbuch angegeben werden.

Der wesentliche Unterschied der Rentenschuld von der Reallast tritt also hervor, wenn die Ablösungssumme oder das Grundschuldkapital (§ 1200 Abs. 1) fällig ist. Wann wird nun die Ablösungssumme fällig? Nur selten. Der Gläubiger kann in der Regel die Fälligkeit nicht herbeiführen, ja es kann ihm das Recht hierzu nicht einmal eingeräumt werden. Eine Ausnahme tritt nur ein, wenn durch eine Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Rentenschuld gefährdet ist und der Grundstückseigenthümer die ihm vom Gläubiger zur Beseitigung der Gefährdung bestimmte Frist hat verstreichen lassen (§ 1201 Abs. 2 Satz 2, § 1133 Satz 2). Der Schuldner dagegen kann die Fälligkeit kraft Gesetzes immer herbeiführen; nur ist er an eine sechsmonatige Kündigungsfrist gebunden, deren Abkürzung aber unbeschränkt zulässig ist. Andrerseits kann die Ausübung seines Kündigungsrechts zwar auch beschränkt werden, aber nur auf die Dauer von dreißig Jahren.

Bisher ist hauptsächlich von dem Unterschiede zwischen Rentenschuld und Reallast gesprochen worden. Nun fragt sich's weiter, wie verhält sich die Rentenschuld zur Grundschuld? Zunächst zwischen den Renten und den Grundschuldzinsen besteht durchaus kein Unterschied. Sodann zwischen der Ablösungssumme und dem

Grundschuldkapital besteht nur der Unterschied, daß die Fälligkeit der Ablösungssumme durch gesetzliche Vorschriften geregelt ist. Man kann also ungefähr sagen, die Rentenschuld ist eine verzinsliche Grundschuld, deren Fälligkeit durch gesetzliche Vorschriften geregelt ist[3].)

Da entsteht nun freilich die Frage: Welche verzinslichen Grundschulden sind der Gegenstand dieser gesetzlichen Vorschriften über die Fälligkeit? Darauf giebt es, soviel ich sehe, keine andre Antwort als die: Das hängt ganz vom Willen der Parteien ab: Bezeichnen diese die Grundschuldzinsen als Renten, das Grundschuldkapital als Ablösungssumme, die ganze Schuld als Rentenschuld, so treten die gesetzlichen Vorschriften über die Beschränkung der Fälligkeit ein, die zum Theil zwingend sind. Diesem Zwange können sich aber die Parteien sehr leicht entziehen. Wenn sie von Grundschuld, Grundschuldkapital und Grundschuldzinsen sprechen, so können sie über die Fälligkeit vereinbaren, was sie wollen. Ja sie können auch die Rentenschuld ohne Zustimmung dritter Personen jeder Zeit in eine gewöhnliche Grundschuld verwandeln — was aber eigentlich nur eine Aenderung der Bezeichnung ist —, und dann wiederum über die Fälligkeit jede beliebige Vereinbarung treffen (B.G.B. § 1203). Eine sehr ausgeprägte Individualität hat daher die Rentenschuld nicht. Die Bestimmungen hierüber enthalten denn auch, abgesehen von der Regelung der Fälligkeit (§§ 1201, 1202), einer Regelung, die doch einen Gegenstand voraussetzt, weiter nichts als Verweisungen auf die Grundschuld (§§ 1199, 1200) und die Zulassung der Verwandlung in eine Grundschuld (§ 1203). Auch die Vorschrift in § 1199 Abs. 2 ist bei Hinzunahme von § 1200 Abs. 1 weiter nichts als eine Verweisung auf die Grundschuld. Trotzdem hat die Rentenschuld eine wirthschaftliche Bedeutung: Der Eigenthümer kann sich durch die Wahl bestimmter Ausdrücke Bestimmungen über die Fälligkeit der Grundschuld sichern, die für ihn sehr günstig sind und ohne sein Einverständniß nicht geändert werden können — wenn der Gläubiger bei Begründung der Grundschuld darauf eingeht.

Die Kommission ist übrigens keineswegs überzeugt gewesen, daß die Rentenschuld eine nützliche Einrichtung sei. Sie hat vielmehr angenommen, der Erfolg dieser Neuschöpfung sei unsicher; man wolle aber auf die Wünsche der Landwirthe eingehen und eine ehrliche Probe machen (S. 4857).

(Fortsetzung folgt.)

---

[3]) Ganz genau ist das freilich nicht. Es bleibt immerhin dabei, daß es sich bei der Rentenschuld nicht um Kapitalzahlung, sondern um Ablösung handelt. Das hat z. B. die Folge, daß § 111 Satz 1 des Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 24. März 1897 auf die Ablösungssumme nicht anzuwenden ist.

Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Sächsischer Gerichte.

Wird vom Käufer eines Grundstücks, das grundbücherlich als altgemeindeberechtigt verlautbart ist, kraft des Grundsatzes der Oeffentlichkeit des Grundbuchs die Altgemeindeberechtigung auch im Falle ihrer irrthümlichen Verlautbarung mit erworben? (§ 278 Satz 2 des B.G.B.'s.)

L.G. Leipzig, Urtheil der 6. Civ.K. v. 9. Oktober 1897. Dg. VI 288/96.

Im Grundbuche für Tannewitz findet sich auf Fol. 3 „Gemeindeland" eingetragen mit folgendem Besitzer-Eintrag in Rubrik II:

Eigenthümer dieser Grundstücke sind die Besitzer der Güter Nr. 1, 11, 12, 14, 15, 16, 17 dieses Grund- und Hypotheken-Buchs Acta rep. VII loc. 4 Nr. 1 Bl. 19b. Aus dem Entwurfe übergetragen am 21. Juli 1847.

Der Kläger kaufte am 6. Juli 1891 das Grundstück Fol. 1 des Grundbuchs für Tannewitz (Haus mit Wiese) und ist seit 17. Juli 1891 als dessen Eigenthümer eingetragen. Er erwarb es, wie es im Kaufe heißt, „mit allen Nutzungen und Rechten". Weder er noch seine Vorbesitzer haben Antheil an der Nutzung des „Gemeindelandes" gehabt. Vielmehr ist dieses von den Eigenthümern der Grundstücke Fol. 11, 12, 14 bis 17 gemeinsam mit dem Eigenthümer des Rittergutes Tannewitz (Nr. 1 des Brand-Katasters) je zu einem bestimmten Theile benutzt worden.

Auf Grund dieser im Einverständnisse der Parteien beruhenden Thatsache beantragte der Kläger unter Hinweis auf den Buchstand und auf die bei der Anlegung des Grund- und Hypothekenbuchs ergangenen Aufforderungen und den öffentlichen Aufruf (§§ 231, 234 des Gesetzes vom 6. November 1843), die Beklagte zu verurtheilen, ihm von dem auf Fol. 3 eingetragenen „Gemeindelande" den nach dem Nutzungswerthe zu bemessenden siebenten Theil zur Benutzung zu überlassen.

Die Beklagte hielt unter Widerspruch des Klägers ein:

Auf Fol. 3 des Grundbuchs sei das Grundstück Fol. 1 irrthümlich unter den altgemeindeberechtigten aufgeführt. Es sei mit Nr. 1 des Brand-Katasters, also mit dem Rittergute Tannewitz verwechselt worden. Von jeher seien altgemeindeberechtigt gewesen nur die sechs Grundstücke Fol. 11, 12, 14, 15, 16, 17 des Grundbuchs, gleich Nr. 12 bis 17 des Brand-Katasters, und dazu das Rittergut Tannewitz, dessen Berechtigung nicht auffallen könne, da es früher ein bloses Vorwerk gewesen und erst später Freigut geworden sei. Das Grundstück

*) Es mag darauf hingewiesen werden, daß die gesetzlichen Vorschriften über die Altgemeinden nach Art. 164 des Einf.G. zum B.G.B. auch in Zukunft in Kraft bleiben.

Fol. 1 dagegen sei dem Rittergut zins- und frohndepflichtig gewesen und ebensowenig wie die übrigen sechs, mit ihm auf früherem Rittergutsboden errichteten Fröhnerhäuser altgemeindeberechtigt. Dem Kläger habe denn auch bei Erwerb des Grundstücks der gute Glaube in dieser Beziehung gemangelt.

Die erste Instanz erhob den für die letztere Angabe angebotenen Zeugenbeweis, erachtete den Beweis nicht für geführt und entsprach im Urtheil vom 21. Juli 1896 dem Klagantrage. Sie hielt die Passivlegitimation der Beklagten für gegeben, neigte der Annahme zu, daß das Grundstück Fol. 1 irrthümlich im Grundbuche als altgemeindeberechtigt bezeichnet sei, und verwarf den Einwand, als ob die nachträgliche Rüge der Unrichtigkeit durch Unterbleiben des Widerspruchs dem Folien-Entwurfe gegenüber ausgeschlossen wäre; sie erkannte aber in analoger Anwendung von § 278,$_2$ des B.G.B.'s dem Kläger den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs zu.

Das Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Entscheidung aufgehoben und die Klage abgewiesen. In den Gründen wird zunächst aus den in der Verhandlung herbeigezogenen Akten als erwiesen angenommen, daß das Grundstück des Klägers im Grundbuche zu Unrecht unter den altgemeindeberechtigten Gütern aufgeführt ist, und sodann bemerkt:

Durch den Eintrag im Grundbuche wurde für das Grundstück des Klägers eine bis dahin nicht vorhandene Altgemeinde-Mitgliedschaft nicht erzeugt; der Eintrag hatte keine rechtsbegründende Bedeutung. Auch dadurch, daß auf die vorgeschriebenen Aufforderungen kein Widerspruch gegen den Inhalt des Grundbuchblattes erhoben wurde, ward die Geltendmachung der Unrichtigkeit nicht ausgeschlossen. Denn, wie bereits das Amtsgericht andeutet, richtet sich die öffentliche Aufforderung mit der Androhung des Rechtsverlusts nur an die dinglich am Grundstück Berechtigten dergestalt, daß sie mangels Eintrags mit späteren Rechtsbehauptungen gegenüber dritten Besitzern und anderen Realberechtigten, welche als solche in das Grund- und Hypothekenbuch eingetragen wären, nicht gehört werden sollen. Um Uebergehung eines eintragsbedürftigen dinglichen Rechts aber handelt es sich hier nicht, sondern um unrichtige Aufzählung der Altgemeinde-Mitglieder.

Gesetz, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betr. v. 6. November 1843 §§ 230, 231, 234; Heynes Kommentar dazu Bd. II S. 226 flg.; Siebenhaar, Lehrbuch des S. Pr. R. S. 329; Grützmann, Lehrbuch I S. 149.

Zu fragen ist mithin nur noch, ob der Kläger etwa gleichwie ein Miteigenthümer rücksichtlich des gemeinsamen Eintrags auf Fol. 3 den öffentlichen Glauben des Grundbuchs für sich in Anspruch nehmen könne (B.G.B. § 278 Satz 2). Dies hat im Gegensatz zur Rechtsansicht der vorigen Instanz das Berufungsgericht zu verneinen.

Entscheidend ist die Vorfrage, wer als Eigenthümer der Altgemeindegrundstücke zu gelten habe? Sind es die einzelnen nach den Folien ihrer Grundstücke

verlautbarten Besitzer als Miteigenthümer, so vollzieht sich mit jedem Besitzwechsel am Hauptgut ohne besonderen Eintrag (stillschweigend) ein Besitzwechsel auf dem gemeinsamen Folium. Ist dagegen die Altgemeinde selbst als Eigenthümerin des Altgemeindelandes zu betrachten, so bleibt für einen Besitzwechsel und für Anwendung des § 278 des B.G.B.'s nur dann Raum, wenn die Altgemeinde Parzellen an Dritte veräußert, und die Dritten als Eigenthümer eingetragen werden.

Die rechtliche Natur der Altgemeinden hat in der Wissenschaft und Rechtsprechung eine verschiedene Beurtheilung erfahren, sie sind bald als Gemeinschaften von Miteigenthümern, bald als selbständige Rechtssubjekte betrachtet worden. Während früher der ersteren Auffassung der Vorzug gegeben wurde,

(Schmidt, Vorlesungen I S. 75; Siegmann, Hypothekenordnung 1872 S. 58 flg.; Siebenhaar, Lehrbuch S. 64 Anm. 1; Grützmann, Lehrbuch I S. 377, 381),

wird neuerdings in der Literatur und namentlich in der Rechtsprechung des K. Oberlandesgerichts beständig die Ansicht vertreten, daß im Zweifel die Altgemeinden mit selbständiger Vermögensfähigkeit ausgestattete Personenvereine und als solche die Eigenthümer des gemeinsamen Vermögens seien.

(Schurig, K. S. Subhastationsordnung S. 38, 39; Müller, Sächs. Privatrecht I S. 78; Wenglers Archiv 1889 S. 229 flg.; Annalen des O.L.G.'s Bd. 10 S. 455, Bd. 12 S. 350, 353, 435, Bd. 16 S. 327, Bd. 18 S. 352 flg.)

Dieser Ansicht schließt sich das Berufungsgericht, besonders im Hinblick auf die geschichtliche Bedeutung der Altgemeinden an für die Fälle, wo — wie hier — nichts gegen die Annahme selbständiger Rechtspersönlichkeit beigebracht werden kann.

Das Altgemeindeland weist auf die älteste genossenschaftliche Ansiedelung, die Markgemeinde, zurück und bildet einen Rest der alten gemeinen Mark. Während Stücke der Feldmark in das Sondereigenthum der einzelnen Markgenossen fielen, blieben andere Stücke als Eigenthum der Gesammtheit ungetheilt erhalten. Diese Gesammtheit als Realgemeinde vereinigte in sich die Rolle einer wirthschaftlichen Genossenschaft (rücksichtlich des Allmendgutes) mit der Rolle des örtlichen Gemeinwesens. Sie war Korporation zugleich des öffentlichen und Privatrechts. Dies ist festzuhalten. Es folgt daraus, daß nach Absterben der öffentlich-rechtlichen Seite und nach Auftreten der neuen (politischen) Gemeinden die Altgemeinden als privatrechtliche Korporationen fortzuleben und nach wie vor als rechtsfähige (Wirthschafts-) Genossenschaften innerhalb der politischen Gemeinden fortzubestehen vermochten, war doch ihr Bestand auf privatrechtlichem Gebiete in keiner Weise berührt worden.

(v. Gerber, System des D. Pr.R. 17. Aufl. 1895 S. 79 flg.; Stobbe, Handbuch des deutschen Pr.R. 3. Aufl. 1893 I S. 502 flg.; Gierke, Deutsches Privatrecht 1895 I S. 576 flg.)

In den Motiven zur Landgemeindeordnung vom 7. November 1838, worin

das Gemeindevermögen vom Vermögen der Altgemeinden geschieden wird (§ 55), und vorher in den Motiven zu dem Gesetze über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832 wurde der Altgemeinden als privatrechtlicher Genossenschaften gedacht.

(Landtagsakten v. J. 1830 Bd. 3 S. 1160 und v. J. 1836 Abth. I Bd. 2 S. 345, 374).

Auch bei Anlegung der Grund- und Hypothekenbücher erfuhren sie eine Sonderbehandlung, die deutlich erkennen läßt, daß nicht die einzelnen Altgemeindeberechtigten als Miteigenthümer, sondern die Altgemeinde als Eigenthümerin des Altgemeindelands angesehen wurde. Es waren nämlich nicht die einzelnen Berechtigten mit Namen aufzuführen, wie es bei Miteigenthum hätte geschehen müssen (§ 171 des Ges. v. 6. November 1843, § 59 der Ausf.-V. v. 15. Februar 1844), vielmehr nach dem amtlichen Schema (G. u. V.-Bl. 1844 S. 87, 88) die Besitzer der altgemeindeberechtigten Grundstücke den Foliennummern nach anzugeben. Diese Eintragsform, der übrigens der vorliegende Besitzer-Eintrag auf Fol. 3 genau angepaßt ist, will nichts anderes besagen, als daß die Altgemeinde, bestehend aus den Besitzern der aufgeführten Grundstücke, Eigenthümerin sei (Bd. 10 S. 455, Bd. 16 S. 330 der angez. Annalen).

Wenn sodann im Gesetz, die juristischen Personen betr. v. 15. Juni 1868 (§ 2) die Beschlußfassung der Altgemeinden geregelt wurde, so steht dies der hier vertretenen Auffassung ihres Wesens jedenfalls nicht entgegen.

Das Rechtsverhältniß der Altgemeindemitglieder ist den Antheilsberechtigungen zu vergleichen, die bei Grundstückszusammenlegungen hinsichtlich des den betheiligten Grundstücksbesitzern an Wirthschaftswegen und Abzugsgräben zugewiesenen gemeinschaftlichen Eigenthums stattfinden. Der grundbücherliche Eintrag entspricht vollständig (Verordnung v. 29. April 1861, G. u. V.Bl. 1861 S. 71, 72; Gerichtsordnung § 113). Hier wie dort ist nicht Miteigenthum der Genossen, sondern Alleineigenthum der Genossenschaft anzunehmen.

(Schurig a. a. O. S. 38, 39, Nachtrag S. 54; Müller a. a. O. I S. 78, angez. Annalen Bd. 10 S. 358, Bd. 12 S. 420, Bd. 16, S. 324.)

So hat auch bei Erlaß des Gesetzes, die gemeinsamen Angelegenheiten der Zusammenlegungsgenossenschaften betr. v. 29. April 1890, nicht die Absicht obgewaltet, diesen Genossenschaften bis zur Erlangung der dort geordneten Vertretung die Rechtssubjektivität abzusprechen.

(Landtagsakten 1889/90 Berichte ꝛc. der II. Kammer Bd. 2 Nr. 126.)

Ist nach alledem das Eigenthum am Altgemeindelande der Altgemeinde als rechtsfähigem Personenvereine zuzuschreiben und sie allein als Eigenthümerin im Grundbuche einzutragen, so macht — im Gegensatz zu dem beim Miteigenthum Geltendem — die Nennung der Altgemeinde-Mitglieder nicht den Eigenthums-Eintrag aus. Für sie bleiben nur Nutzungsrechte übrig, die mit ihrem mannigfaltigen

Inhalte und ihrer verschiedenartigen Bemessung dem Grundsatze der Oeffentlichkeit des Grundbuchs nicht unterstehen. Das Grundbuch vertritt nur, solange und soweit die altgemeindeberechtigten Grundstücke im Besitzer-Eintrage mit aufgeführt werden, die Stelle von Akten oder Registern, wo über den Mitgliederbestand der Altgemeinde zunächst Erkundigung eingezogen werden kann.

(Bd. 10 S. 457, 458, Bd. 12 S. 435 der angez. Annalen.)

Käme der Grundsatz der Oeffentlichkeit im vorliegenden Falle zur Anwendung, so würde der Altgemeinde ein Mitglied gegeben, das die herkömmliche Voraussetzung der Mitgliedschaft, Ansässigkeit mit einem zum Altgemeindeverbande gehörigen Grundstück, nicht erfüllte: Ebensowenig wie das einzelne Mitglied ohne Genehmigung der übrigen die Altgemeindeberechtigung einem solchen Dritten übertragen darf (Bd. 18 S. 353 der Annalen), kann dies mit Hülfe des Grundbuchs bewerkstelligt werden.

Der Kläger ist sonach mit seiner Klage abzuweisen, wobei auf das, was der erste Richter über die Passivlegitimation der Beklagten im Anschluß an die Entscheidung in Wenglers Archiv 1889 S. 229 flg. zutreffend ausführt, zu verweisen ist.

Negatorienklage im Falle der Beschädigung eines Hauses durch den Motorwagen einer elektrischen Straßenbahn (§ 321 des B.G.B.'s.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 25. Oktober 1897. O. II. 93/97.

Im Dezember 1896 ist ein Motorwagen der Beklagten im Betriebe entgleist und an ein der Klägerin gehöriges Haus angefahren. Um die dadurch verursachten Beschädigungen zu beseitigen, hat die Klägerin 315 ℳ 25 ₰. aufwenden müssen. Sie fordert diesen Betrag nebst jährlich 5% Zinsen seit der am 2. April 1897 erfolgten Klagzustellung von der Beklagten und stützt ihren Anspruch ausschließlich auf § 321 des B.G.B.'s. Sie hat ausdrücklich erklärt, daß sie ein Verschulden der Beklagten nicht behaupten könne.

Die erste Instanz hat die Beklagte antragsgemäß verurtheilt.

Die dagegen eingewendete Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Indem der fragliche Motorwagen an das Haus der Klägerin anfuhr und es beschädigte, fand thatsächlich eine mit der ausschließlichen Herrschaft der Klägerin unverträgliche nachtheilige Einwirkung auf deren Eigenthum statt. Dazu war die Beklagte nicht befugt, da der Betrieb eines erlaubten Gewerbes noch nicht zu Uebergriffen auf das nachbarliche Grundeigenthum berechtigt. Allerdings enthält nicht jede Verletzung der im Eigenthum liegenden Vermögensrechte eine Beschränkung des Eigenthums im Sinne von § 321 des B.G.B.'s. Eine solche wird der Regel nach in einer vereinzelt dastehenden und vorübergehenden Beschädigung des betreffenden Gegenstandes nicht zu finden sein, wohl aber liegt eine Beschrän-

kung des Eigenthums vor, wenn der fremde Eingriff ein dauernder ist, oder wenn er unter Umständen erfolgt, die eine Wiederholung befürchten lassen (Annalen des vorm. K. O.A.G.'s, N. F., Bd. 6 S. 246, Bd. 7 S. 110, Bd. 10 S. 229.). Denn in einem solchen Falle wird durch die verletzende Handlung der Inhalt des Eigenthums selbst in seinem Werthe ganz oder theilweise in Frage gestellt.

Die Gefahr anderweiter Entgleisungen und damit verbundener erneuter Eingriffe in das Eigenthum der Klägerin ist ohne Weiteres als vorhanden anzusehen und das Eigenthum würde in seinem Werthe gemindert werden, wenn die Klägerin sich derartige Beschädigungen gefallen lassen müßte.

Dies hat nicht zu geschehen. Vielmehr kann bei einer solchen thatsächlichen Beschränkung des Eigenthums der Eigenthümer nach § 321 des B.G.B.'s klagbar werden. Die Klage aus diesem Paragraphen, die Negatorienklage, ist, wie schon der Wortlaut klar erkennen läßt, nicht bloß dann gegeben, wenn ein Anderer ein „Recht an der Sache" sich anmaßt, sondern überall da, wo der Beklagte eine Handlung vornimmt, welche sich als Eingriff in das Eigenthumsrecht des Klägers darstellt (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F., Bd. 31 S. 356; Annalen des vorm. K. O.A.G.'s Bd. 4 S. 114; Wengler's Archiv, Jahrg. 1887 S. 815; Motive zu § 321 in Siebenhaar's Kommentar Bd. 1 S. 320, 2. Aufl.).

Nach Sächsischem Rechte kann aber nach der ausdrücklichen Bestimmung in § 321 des B.G.B.'s mit der Negatorienklage vom Eigenthümer auch Ersatz des ihm zugefügten Schadens gefordert werden und zwar, wie bereits in verschiedenen zum Abdrucke gelangten Entscheidungen — vergl. Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 5 S. 176, Bd. 13 S. 277, Bd. 14 S. 152 — näher begründet worden ist, gleichviel, ob den Urheber eine Verschuldung trifft oder nicht.

Daß die Beklagte die Entgleisung bez. den Eingriff in das Eigenthum der Klägerin beabsichtigt haben müßte, wenn die Letztere zur Negatorienklage berechtigt sein solle, wird von der Beklagten mit Unrecht behauptet. Es genügt, daß der Eingriff auf eine im Gewerbebetriebe der Beklagten vorgekommene Betriebshandlung zurückzuführen ist (Sächs. Archiv für B. R. u. Pr., Jahrg. 1894 S. 310; 1896 S. 307; Annalen des O.L.G.'s Bd. 14 S. 152; vergl. auch noch Seuffert's Archiv Bd. 13 Nr. 235, Bd. 14 N. 208 und Entscheidungen des R.G.'s in Civilsachen Bd. 17 S. 103.).

Honorarforderung des Arztes, der ohne Zustimmung des Patienten eine lebensgefährliche Operation vornimmt, Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise, Genehmigung durch den Patienten? (§§ 1229, 1230, 1339 flg., 1483 flg. des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 7. Oktober 1897. O. I. 65/97.

Der Kläger hat an der Beklagten am 18. Juni und 4. Juli 1895 zwei

Operationen ausgeführt. Er fordert dafür 1540 ℳ. Durch Urtheil erster Instanz ist die Beklagte zur Zahlung von 533 ℳ verurtheilt, im übrigen aber der Kläger abgewiesen worden.

Die Beklagte hat Berufung eingewendet mit dem Antrag, die Klage abzuweisen. Der Kläger hat sich der Berufung angeschlossen und beantragt, die Beklagte zur Bezahlung von weiteren 156 ℳ zu verurtheilen.

Der nähere Sachstand ergibt sich aus den nachstehenden Gründen des Berufungsurtheils, durch das die Verurtheilung der Beklagten auf Zahlung von 93 ℳ beschränkt, im übrigen dagegen die Klage abgewiesen wurde.

Die Beklagte nahm vor Pfingsten 1895 die ärztliche Hülfe des Klägers zunächst wegen eines Magenübels in Anspruch. Bei einem weiteren Besuche erklärte er ihr nach einer Untersuchung, es mache sich eine kleine Operation im Unterleibe nöthig. Wegen dieser Operation verhandelte in Vertretung der Beklagten der Kaufmann L. mit dem Kläger. Dieser sagte dem Kläger, er dürfe nur eine ganz kleine Operation vornehmen und der Kläger versicherte ihm darauf, daß es sich nur um eine kleine Operation handle, die nicht lebensgefährlich sei und nur wenige Tage beanspruche. Dies hat L. der Beklagten mitgetheilt. Zur Ausführung der Operation begab sich die Beklagte am 17. Juni 1895 in die Privatklinik des Klägers. Dort hat dieser am 18. Juni 1895 an der Beklagten, nachdem er sie in Narkose versetzt gehabt, ohne einen Auftrag dazu zu haben, die schwierige und lebensgefährliche Operation des Bauchschnittes vorgenommen und die Eierstöcke sowie die Eileiter entfernt. Die Beklagte ist nunmehr dauernd zeugungsunfähig. Sie ist darauf in der Privatklinik des Klägers zunächst bis zum 4. Juli 1895 verpflegt worden. An diesem Tage aber hat er an ihr die von Anfang an beabsichtigt gewesene kleinere Operation (Ausschabung der Gebärmutter zur Beseitigung einer Schleimhautwucherung in diesem Organe) mit ihrer Zustimmung vorgenommen. Am 6. Juli 1895 hat die Beklagte die Privatklinik des Klägers verlassen.

Der Kläger, der wegen beider Operationen und der vorangegangenen Konsultationen einen Arztlohn von 1540 ℳ eingeklagt hat, entschuldigt sein Vorgehen bei der ersten Operation damit, er habe erst am 18. Juni, nachdem die Beklagte bereits in Narkose versetzt gewesen sei, durch eine nochmalige Untersuchung gefunden, daß sich in der Beckenhöhle beiderseitig Tubengewächse entwickelt gehab mit umfänglichen Verwachsungen und cystomatöser Entartung der Eierstöcke. Dieser Krankheitszustand führe erfahrungsgemäß in kurzer Zeit zum völligen Siechthum und zum Tode, habe auch von selbst schon die Zeugungsunfähigkeit der Beklagten zur Folge gehabt und er habe, vor die Frage gestellt, ob er die Operation der Tubengewächse unterlassen und vorerst die Genehmigung der Beklagten dazu einholen, oder, unter Benutzung ihres Entschlusses sich operiren zu lassen, die schwierige und lebensgefährliche Operation der Tubengewächse vornehmen sollte, für das letztere sich entschieden. Die Beklagte bestreitet dem Kläger das Recht zur Vor-

nahme der ersten Operation und zur Geltendmachung eines Honoraranspruches dafür und erhebt ihrerseits Ansprüche auf Schmerzensgeld und Verstümmelungsentschädigung (§§ 1409, 1490 des B.G.B.'s).

Die Thätigkeit des Klägers bei der ersten Operation enthält nicht eine ärztliche Dienstleistung, vermöge deren er berechtigt erschiene, auf Grund der Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 1229, 1230 des B.G.B.'s) das angemessene oder übliche Arzthonorar zu beanspruchen. Denn der Kläger handelte dabei nicht auf Grund eines mit der Beklagten geschlossenen Vertrages, vielmehr ohne ihren Auftrag und insofern sogar unmittelbar gegen ihren Willen, als ihm vom Vertreter der Beklagten ausdrücklich erklärt worden war, daß er nur eine ganz kleine Operation vornehmen dürfe. Hiernach fehlen auch die Voraussetzungen dazu, die Handlungsweise des Klägers nach den Vorschriften über die auftragslose Geschäftsführung zu beurtheilen (§§ 1339, 1345, 1355 des B.G.B.'s), ganz abgesehen davon, daß unter diesem Gesichtspunkte überhaupt nicht zur Aufrechterhaltung einer Honorarforderung, sondern allenfalls nur zur Zubilligung gehabter Auslagen zu gelangen sein würde (§ 1352 des B.G.B.'s). Es giebt kein Berufsrecht des Arztes, vermöge dessen dieser befugt erschiene, ohne und selbst gegen den Willen des Kranken lebensgefährliche Operationen an diesem zu vollziehen und dafür auch noch die gewöhnlichen Honoraransprüche zu erheben, möchte auch der Zustand des Kranken derart sein, daß dieser ohne die Operation dem Siechthum und dem Tode verfallen würde und daher bei vernünftiger Erwägung der Sachlage der ihm vorgeschlagenen Operation zustimmen müßte (Entsch. d. Reichsger. f. Straff. Bd. 25 S. 375 flg., Seufferts Archiv Bd. 48 S. 413 flg.).

Die Handlungsweise des Klägers bei der Vornahme der ersten Operation stellt sich daher als eine absichtliche und widerrechtliche Körperverletzung der Beklagten dar, auf die an sich die Vorschriften der §§ 1483 flg. des B.G.B.'s anwendbar erscheinen und für die ihm selbstverständlich eine Honorarvergütung nicht zugesprochen werden kann. Allerdings können Fälle vorkommen, wo der Arzt zur Errettung eines Bewußtlosen aus unmittelbarer Gefahr für Leib und Leben auch ohne Zustimmung des Kranken oder seiner Vertreter zu ärztlichen Eingriffen sich veranlaßt sehen darf, weil die Zustimmung nicht rechtzeitig zu erlangen ist und der Arzt nach den Umständen des Falles sich sagen durfte, daß sie von dem Kranken oder seinen Vertretern bei vernünftiger Erwägung der Sachlage nicht versagt werden würde. Allein — abgesehen von der Frage, ob in solchen Fällen ohne weiteres auch die Honorarforderung des Arztes begründet sein und ob es sich diesfalls nicht vielmehr nur um den Ausschluß des Bewußtseins widerrechtlicher Handlungsweise auf Seiten des Arztes handeln würde — findet sich der Kläger nicht in der Lage, zu Rechtfertigung seiner Handlungsweise auf Umstände der bezeichneten Art sich zu berufen. Es wird sodann auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen Dr. O. festgestellt, daß die Beklagte vermöge ihrer Erkrankung keiner unmittelbaren Lebensgefahr ausgesetzt gewesen ist, aus der sie nur durch den opera-

tiven Eingriff des Klägers hätte gerettet werden können, und weiter bemerkt: Wenn in den vom Kläger beigebrachten Aussprüchen angesehener Aerzte, die auch vom Sachverständigen für richtig erklärt werden, wiederholt hervorgehoben wird, daß Erkrankungen der hier vorliegenden Art so bald als möglich und zu jeder Zeit operirt werden müßten, so folgt daraus, wie auch vom Sachverständigen ganz richtig bemerkt wird, nicht im entferntesten, daß der Arzt, der bei einer bewußtlosen Kranken eine Erkrankung der bezeichneten Art feststellt, sich über ihre Zustimmung hinwegsetzen und die Operation sofort an der Bewußtlosen ausführen dürfe. Vielmehr ist damit nur ausgesprochen, daß in Hinsicht auf die zu erhoffende Heilung des Leidens vom ärztlichen Standpunkte aus die möglichst schleunige Operation angezeigt sei. Sollte sich der Kläger zu der ersten Operation ohne vorgängige Einholung der Zustimmung der Beklagten vermöge einer mißverständlichen Auffassung jener ärztlichen Aussprüche für berechtigt gehalten haben, so würde seiner Handlungsweise vielleicht die Absichtlichkeit der Rechtsverletzung fehlen, aber immerhin noch ihre Fahrlässigkeit festzustellen sein, da der Kläger bei einigermaßen sorgfältiger Prüfung sich sagen mußte, daß jene Aussprüche eben nur den im vorstehenden erwähnten Sinn haben, sich aber nicht auf die Frage der Zustimmung der Kranken zur Operation beziehen (§§ 122, 1483 des B.G.B.'s).

Hiernach fehlt es an jedem Rechtsgrunde für den Anspruch des Klägers, soweit er sich auf die erste Operation der Beklagten bezieht. Dies gilt ohne weiteres auch für die sich ihr anschließende Nachbehandlung, weil diese nur dazu bestimmt war, die der Beklagten zugefügte Körperverletzung zu heilen und ihren etwaigen nachtheiligen Folgen vorzubeugen.

Der Kläger legt zur Rechtfertigung seines Anspruchs wesentliches Gewicht darauf, daß die Beklagte, nachdem sie durch ihn, seine Mutter und andere Personen von der Schwere ihres durch die Operation beseitigten Leidens und der Schwierigkeit der Operation noch während des Aufenthalts in der Privatklinik unterrichtet worden sei, zu wiederholten Malen ihre Anerkennung und ihren Dank darüber ausgesprochen habe, daß der Kläger sie von ihrem schweren Leiden befreit und ihr Angst und Sorge erspart habe. Indessen ist aus allen diesen Vorgängen zunächst nur so viel zu schließen, daß die Beklagte dem Kläger die an ihr begangene Rechtswidrigkeit habe verzeihen wollen. Erst durch die Mittheilungen des Klägers gelangte sie zur Kenntniß darüber, daß an ihr eine lebensgefährliche Operation vollzogen worden sei. Es liegt nahe, daß sie in der Freude darüber, der vom Kläger ohne ihr Vorwissen über sie gebrachten Lebensgefahr entgangen zu sein, sich veranlaßt gesehen hat, über die ärztliche Geschicklichkeit des Klägers ihre Anerkennung und dafür, daß er ihr das Leben erhalten, ihren Dank auszusprechen. Allein derartige Aeußerungen können nicht ohne weiteres auch als ein Ausdruck des Willens der Beklagten angesehen werden, dem Kläger seine ärztlichen Bemühungen nunmehr ganz so zu vergüten, als wenn er die Operation mit ihrer Zustimmung vorgenommen hätte. Allerdings wird gegen denjenigen, dem ohne

seine Zustimmung Dienste geleistet werden, die vergütet zu werden pflegen (§ 820 des B.G.B.'s) und der nachträglich mit der Dienstleistung sich einverstanden erklärt, in der Regel die Annahme Platz greifen dürfen, daß er mit der Dienstleistung selbst auch deren Entgeltlichkeit genehmigt habe und dadurch zur Entrichtung angemessener Gegenleistung verpflichtet worden sei. Allein bei der besonderen Sachlage des vorliegenden Falles erscheint eine solche Schlußfolgerung gegenüber der Beklagten nicht gerechtfertigt. Bei ihr handelte es sich zunächst um die Beseitigung der an ihr begangenen Rechtsverletzung; nur von diesem Gesichtspunkte aus hatte sie die ihr vom Kläger gemachten Mittheilungen zu beurtheilen. Daß es dem Kläger dabei zugleich darauf angekommen sei, einen Honoraranspruch für seine der Beklagten aufgezwungenen ärztlichen Bemühungen zu erwerben, war aus diesen Mittheilungen nicht zu entnehmen und deshalb sind auch die Anerkennungs- und Dankesäußerungen der Beklagten nicht in dem Sinne aufzufassen, daß sie dadurch dem Kläger habe zahlungspflichtig werden wollen. Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte die Rechnungen für die ihr in der Privatklinik des Klägers gewährte Wohnung und Verpflegung, wie anzunehmen ist, widerspruchslos beglichen hat. Denn sie würde diese Aufwendungen mindestens zum größten Theile selbst dann zu bezahlen gehabt haben, wenn sie gegen die ihr angethane Behandlung sofort in bestimmter Weise Verwahrung eingelegt hätte.

Die Anerkennungs- und Dankesäußerungen der Beklagten nach Vollziehung der ersten Operation rechtfertigen aber durchaus die Annahme, daß die Beklagte dem Kläger die Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise habe verzeihen und ihn dieserhalb nicht habe verantwortlich machen wollen. Es ist daher mit ihnen nicht vereinbar, wenn sie jetzt noch vom Kläger Schmerzensgeld und Verstümmelungsentschädigung beanspruchen will. Sie hatte, wie nicht zu bezweifeln ist, einige Tage nach der Operation Schmerzen zu leiden gehabt, war auch davon unterrichtet, daß sie nach der Operation nicht mehr Mutter werden könne. Wenn sie bei dieser Sachlage und auf Klägers Mittheilungen über die Schwere ihrer Erkrankung zu jenen Aeußerungen sich herbeigelassen hat, so liegt darin der unzweideutige Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen wegen der ihr zugefügten Schmerzen und leiblichen Verstümmelung. Die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Verzichtes unterliegt keinem Bedenken (vergleiche auch § 1410 des B.G.B.'s) und seine Annahme durch den Kläger ergiebt sich aus seinen Erklärungen, durch die die Aeußerungen der Beklagten veranlaßt wurden.

Hiernach allenthalben sind nicht allein die vom Kläger wegen der ersten Operation erhobenen Honorarforderungen, sondern auch die von der Beklagten aufrechnungsweise geltend gemachten Ansprüche auf Schmerzensgeld und Verstümmelungsentschädigung für unbegründet zu erklären. Der Anspruch auf Verstümmelungsentschädigung, der erst in der Berufungsinstanz erhoben worden ist, würde überdies auch auf Grund der Vorschrift in § 491 der C.P.O. zu verwerfen sein. Darnach sind von den dem Kläger in erster Instanz zugesprochenen 533 ℳ auf

die Berufung der Beklagten die auf die erste Operation bezüglichen Ansätze von 400 ℳ, 80 ℳ und 20 ℳ, zusammen 500 ℳ abzuweisen und ist andererseits die Berufung des Klägers insoweit zu verwerfen, als er die Zubilligung des Honorars für die Nachbehandlung nach der ersten Operation begehrt.

Am Schlusse wird bemerkt, daß dem Kläger an Gebühren für 3 der ersten Operation vorausgegangene Konsultationen, die 2. Operation und für die Nachbehandlung nach der letzteren im Ganzen 93 ℳ zuzubilligen seien.

Wesentlicher Irrthum bei Abtretung einer, von der einen Partei für vollstreckbar gehaltenen, in Wirklichkeit aber nicht vollstreckbaren Forderung; freie Beurtheilung der rechtlichen Natur der vorgebrachten Thatsachen seitens des Richters (§§ 95, 837, 838, 842, 850 des B.G.B.'s).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 21. September 1897. O. III. 58/97.

Die Parteien sind im Februar 1896 dahin miteinander übereingekommen, daß der Beklagte eine der Firma A. Fl. — deren alleiniger Inhaber Beklagter jetzt ist — im Jahre 1866 an die Firma M. & Bl. in Breslau erwachsene und von der Firma A. Fl. in den in demselben Jahre zu dem Vermögen sowohl der Firma M. & Bl. wie zu dem der beiden Inhaber dieser Firma, eröffneten Konkursen angemeldete und in solchen festgestellte Forderung in Höhe von 441 ℳ 78 ₰. gegen Gewährung eines Betrags von 100 ℳ dem Kläger abtreten solle.

Der Beklagte hat demzufolge nach Empfang der 100 ℳ die Urschrift einer Urkunde vollzogen, in der er die Abtretung einer ihm „gegen die Inhaber der früher in Breslau domizilirt gewesenen Handelsgesellschaft M. & Bl." „für gelieferte Waaren" zustehende, „in den Konkursen des Schuldners festgestellte Forderung von 147 Thalern 7 Sgr. 10 Pfennigen = 441 ℳ 78 ₰." sammt den rückständigen Zinsen erklärte.

In den Konkursverfahren zum Vermögen der Firma M. & Bl. und zum Vermögen ihrer beiden Inhaber war aber seinerzeit der Anmeldung der Firma A. Fl. entsprechend nicht eine Kaufpreisforderung für gelieferte Waaren, sondern eine Wechselforderung über 147 Thaler 7 Sgr. 10 Pfg. als festgestellt in die Konkurstabellen eingetragen worden.

Den dieser Forderung zu Grunde liegenden Wechsel vermag der Beklagte dem Kläger nicht mehr zu beschaffen, und dieser stieß infolgedessen bei den Schritten, welche er zur Einziehung der abgetretenen Forderung von dem inzwischen wieder zu Vermögen gekommenen Gemeinschuldner Emil Bl. unternahm, insofern auf Schwierigkeiten, als es ihm nicht gelang, von dem Amtsgerichte Breslau die zu dem Zwecke erbetene vollstreckbare Ausfertigung der Konkurstabelle zu erlangen, weil, wie bereits erwähnt, in jenen drei Konkursen von der Firma A. Fl. nicht eine Kaufpreisforderung für Waaren, sondern eine Wechselforderung angemeldet und nur eine solche festgestellt worden war.

Der Kläger fordert vom Beklagten 441 ℳ 78 ₰. nebst Zinsen zu 6 % vom 1. Januar 1867 an. In erster Instanz ist die Klage abgewiesen worden.

Auf die Berufung des Klägers wurde der Beklagte zur Zahlung von 100 ℳ nebst Zinsen vom Tage der — am 4. September 1896 erfolgten — Mahnung an verurtheilt, dagegen im Uebrigen die Abweisung bestätigt aus folgenden Gründen:

Die erste Instanz ist auf Grund folgender Erwägungen zur Abweisung der Klage gelangt:

Dem Kläger sei es bei dem mit dem Beklagten eingegangenen Rechtsgeschäfte nur um die Abtretung der seiner Zeit von der Firma A. Fl. bei den drei Konkursen der Firma M. & Bl. und deren beiden Inhabern angemeldeten und in diesen Konkursen festgestellten Forderung zu thun gewesen. Die Bezeichnung der abgetretenen Forderung in der Abtretungsurkunde als einer Kaufpreisforderung für gelieferte Waaren sei aber eine unrichtige und irrthümliche gewesen. Denn die in jenen Konkursen angemeldete und festgestellte Forderung sei lediglich eine Wechselforderung der Firma A. Fl. an die Firma M. & Bl. aus einer von jener auf diese gezogenen und von der letzteren angenommenen Wechseltratte gewesen. Es sei daher davon auszugehen, daß der Beklagte durch die Cession vom 28. Februar 1896 dem Kläger diese Wechselforderung habe übertragen wollen. Hieraus folge aber, daß die Parteien, da darüber Einverständniß zwischen ihnen herrsche, daß der Beklagte nicht im Stande sei, dem Kläger den zur Geltendmachung dieser Forderung erforderlichen Wechsel zu verschaffen, über eine unmögliche Handlung einen Vertrag geschlossen hätten, so daß dieser nichtig sei, was den Kläger nur dazu berechtigen könne, das von ihm zur Erfüllung des eingegangenen Abtretungsvertrags an den Beklagten Geleistete von diesem zurückzufordern (§ 1547 des B.G.B.'s). Dagegen stehe demselben nicht das Recht zu, von dem Beklagten, wie geschehen, das an die Stelle der Vertragsleistung getretene Erfüllungsinteresse zu beanspruchen. Aus diesem Grunde sei die Klage, da sie nicht auf Zurückgewährung des von dem Kläger zur Erfüllung des Vertrags Geleisteten gehe, sondern unstatthafterweise auf Bezahlung des vollen Betrags der abgetretenen Forderung gerichtet sei, abzuweisen gewesen.

Das Berufungsgericht trägt Bedenken, sich dieser Sachbeurtheilung durchgängig anzuschließen. Nur darin tritt es der ersten Instanz bei, daß der Wille des Klägers bei der Eingehung des abgeschlossenen Abtretungsgeschäftes von vornherein darauf gerichtet gewesen ist, eine in den Konkursen der drei Schuldner anerkannte und festgestellte Forderung zu erwerben, um auf diese Weise in den sofortigen Besitz einer zu deren Beitreibung im Wege der Zwangsvollstreckung erforderlichen vollstreckbaren Ausfertigung zu gelangen.

Dies ergiebt sich daraus, daß der Kläger bei Uebersendung der Cessionsurkunde an den Beklagten einen an das Amtsgericht Breslau gerichteten Antrag auf Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus der Konkurstabelle mit dem

Ersuchen beigefügt hat, den Antrag mit der Cessionsurkunde nach notarieller Beglaubigung der letzteren an das Amtsgericht Breslau einzusenden. Diese Umstände lassen erkennen, daß der Kläger vornherein von der Absicht geleitet wurde, bei Einziehung der Forderung es nicht erst auf einen Prozeß ankommen zu lassen, sondern sofort im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der vollstreckbaren Ausfertigung aus der Konkurstabelle vorzugehen. Und es kann auch nicht wohl bezweifelt werden, daß der Kläger gerade durch die Annahme, die abgetretene Forderung werde sich ohne weiteres, sofort durch Zwangsvollstreckung realisiren lassen, zum Abschlusse des Kaufvertrags über die Forderung veranlaßt worden ist.

Denn es liegt auf der Hand, daß eine Forderung, die zu ihrer Realisirung nur noch der Zwangsvollstreckung bedarf, bei den Vortheilen, die sie dem Gläubiger im Vergleiche mit einer andern, deren Bestehen erst im Prozeßwege festgestellt werden muß, bietet, finanziell und wirthschaftlich betrachtet als eine Forderung ganz anderer Art erscheint.

Ebensowenig kann ein Zweifel darüber herrschen, daß der Beklagte bei Empfang der der Cessionsurkunde beigefügten Schriftstücke sich bewußt werden mußte, der Kläger setze die sofortige Vollstreckbarkeit der Forderung voraus und diese bilde in seinen Augen eine wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes.

Die vom Kläger hiernach vorausgesetzte Eigenschaft der sofortigen Realisirbarkeit besitzt die Forderung jedoch nicht mehr und besaß sie auch zur Zeit des Vertragsschlusses nicht mehr. Denn um im Wege der Zwangsvollstreckung gegen die Schuldner vorgehen zu können, benöthigt der Kläger, was näherer Darlegung nicht bedarf, den Wechsel, welcher der im Konkurse festgestellten Wechselforderung zu Grunde liegt. Diesen Wechsel ist aber der Beklagte eben nicht in der Lage zu beschaffen, und war dies auch nach seiner vom Kläger unbestritten gebliebenen und also nach § 129 der C.P.O. als zugestanden anzusehenden Erklärung bereits zur Zeit des Vertragsschlusses nicht.

Der Kläger hat sich mithin in Irrthum über eine ausdrücklich vorausgesetzte wesentliche Eigenschaft des Vertragsgegenstandes befunden. Der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag ist also nach §§ 95, 837, 838 und 842 des B.G.B.'s nichtig.

Vergl. auch Annalen des vorm. Oberappellationsgerichts, 2. F., Bd. 2 S. 51 flg. und Bd. 3 S. 320 flg.; Archiv von Wengler, N. F., Bd. 2 S. 253; Bd. 5 S. 567 flg.; Bd. 10 S. 41 flg.; Bd. 11 S. 337 flg.; Sächs. Archiv Bd. 3 S. 770 flg.; Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 5 S. 353 flg.; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 20 S. 94 flg.

Der Kläger ist demzufolge nach § 850 des B.G.B.'s nur berechtigt, die als Kaufpreis gezahlten 100 M von dem Beklagten zurückzufordern.

Dementsprechend war daher auf die eingelegte Berufung das angefochtene Urtheil theilweise abzuändern. Das Bedenken, das die erste Instanz von der Ertheilung einer solchen gemischten Entscheidung abgehalten hat, vermag das Beru-

fungsgericht nicht zu theilen. Es genügt, daß das klägerische Verlangen, wenn nicht aus dem von dem Kläger geltend gemachten rechtlichen Gesichtspunkte und nicht im vollen Umfange, so doch aus einem anderen Rechtsgrunde wenigstens zum Theil begründet ist. Die rechtliche Beurtheilung ist Sache des erkennenden Gerichts, und wenn dasselbe findet, daß die eingeklagte, an sich theilbare Forderung durch die vorgetragenen und erwiesenen Klagthatsachen wenigstens zum Theil begründet wird, hat es dieselbe bei Mangel entgegenstehender beachtlicher Einreden dem Kläger insoweit zuzubilligen, auch wenn dieser bei seiner Klagforderung von anderen, und zwar unhaltbaren Rechtsanschauungen ausgegangen ist.

Verpflichtung zu Rechnungslegung. Begriff der Belege. Vorlegung von Handelsbüchern? (§ 1394 des B.G.B.'s, Art. 37 des H.G.B.'s).

Urtheil des L.G.'s Leipzig II. Civ.-K. vom 12 April 1897 (Dg. II. 284/96).

Der Kläger hat der Beklagten seit dem Frühjahr 1887 Weißkalk und poröse Steine geliefert. Durch Vertrag vom 30. November 1893 war der Preis für den Centner Weißkalk auf 10 *M* frei Bahnhof Leipzig festgesetzt worden. Zufolge einer Abmachung von März 1887 ist die Abwiegung der vom Kläger gelieferten Waaren und die Feststellung, wie viel danach die Beklagte dem Kläger zu zahlen habe, durch die Beklagte geschehen. — Der Kläger behauptet, die Beklagte habe das Gewicht des Weißkalks bei den Abwiegungen zu gering angegeben und demnach auch das Guthaben des Klägers zu niedrig berechnet, so daß sie sich nach seiner Schätzung noch mit 24000 *M* im Rückstand befinde, er fordert daher, daß die Beklagte über die seit Frühjahr 1887 bis jetzt gelieferten Weißkalkmengen, insbesondere über deren Gewicht bez. Werth Rechnung ablege. — Beklagter bestreitet letztere Behauptungen. Unstreitig ist unter den Parteien, daß die Beklagte dem Kläger noch vor der Klagerhebung eine Zusammenstellung der von ihr festgestellten angeblichen Gewichtsmengen, jedoch ohne Belege, hat zugehen lassen. Die Richtigkeit der abgelegten Rechnung hat der Kläger wegen des Fehlens der Belege bemängelt und verlangt, die Beklagte müsse die, die Lieferungen betreffenden Wiegescheine und ihre Handelsbücher vorlegen.

Die in erster Instanz ausgesprochene Klagabweisung wurde bestätigt aus folgenden Gründen:

Daß die Beklagte dem Kläger auf Grund des zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisses zur Rechnungslegung verpflichtet ist, hat der Vorderrichter zutreffend dargelegt. Es ist nun bei der Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites vor allem daran festzuhalten, daß es sich in ihm nur um diese Verpflichtung der Beklagten zur Rechnungslegung handelt. Dadurch ist ausgeschlossen, daß in ihm die Bemängelung der etwa abgelegten Rechnung in dem Sinne, daß die in die Rechnung eingestellten Gewichte zu niedrig angegeben seien, in Frage kommen könnte. Diese Bemängelung hat vielmehr in einem durch neue Klage zu

eröffnenden Rechtsstreite zu erfolgen (vgl. Entsch. d. R.G.'s in Civils. Bd. 14, S. 202 flg.). Nun ist zwar richtig, daß wenn einer Rechnung die Belege über Ausgaben, die sie aufstellt, nicht beigefügt sind, dies die Ordnungsmäßigkeit der Rechnung nicht beeinträchtigt. Die nicht belegten Ausgaben haben dann, wenn sie in dem Streit über die Richtigkeit der Rechnung nicht etwa noch anderweit bewiesen werden, einfach außer Betracht zu bleiben. Der Rechnungsherr hat daher in der Regel kein Interesse daran, daß die Belege der Rechnung beigefügt werden. Anders, wenn es sich um Belege über den Eingang gewisser Waarenmengen, die in die Rechnung einzustellen sind, handelt. Da hat der Rechnungsherr allerdings ein Interesse daran, die Belege einzusehen, schon um festzustellen, ob die Angaben der Rechnung mit den Anlagen stimmen, die Eingangsposten der Rechnung nicht etwa auf einen geringeren Betrag lauten, als die Belege ausweisen (vgl. hierzu Bähr, Ges. Aufsätze, S. 136 [Jahrb. f. Dogmatik Bd. 13], Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 22 Nr. 2).

So liegt aber die Sache hier, und die Beklagte würde sich daher um so weniger der Herausgabe der Belege enthalten können, als nach dem Wortlaute des § 1394 des B.G.B.'s der Rechnungsführer ausdrücklich dazu verpflichtet wird, der abzulegenden Rechnung die vorhandenen Belege beizufügen.

Als Belege können nun aber nach dem Begriffe, den der Sprachgebrauch mit diesem Worte verbindet, nur solche Schriftstücke gelten, die sich wesentlich nur auf die abgelegte Rechnung beziehen, nicht etwa in der Hauptsache einen andern Inhalt haben und nur nebenbei in Beziehung zu der abzulegenden Rechnung stehen (vgl. Entsch. d. R.O.H.G.'s Bd. 2 S. 128).

Daraus ergiebt sich, daß wohl die Wiegescheine, nicht aber die Handelsbücher der Beklagten als Belege in Frage kommen können.

Die Wiegescheine sind aber nach der glaubhaften Angabe des Zeugen N. nicht mehr vorhanden. Damit erledigt sich nach § 1394 des B.G.B.'s die Verpflichtung der Beklagten, sie der Rechnung beizufügen. Nun beruft sich freilich der Kläger, um die Vorlegung der Handelsbücher der Beklagten zu erzielen auf Art. 37 des H.G.B.'s. Aber das dort dem Richter eingeräumte Recht, die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei anzuordnen, ist eine prozessuale Befugniß des Richters; nicht begründet sie ein Privatrecht der Parteien, auf Grund dessen hin eine Verurtheilung zur Vorlegung der Bücher verlangt werden könnte (vgl. R.O.H.G. Bd. 2 S. 128). Ob das Gericht von der in Art. 37 ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch zu machen hat, kann daher erst in Frage kommen, wenn der Kläger künftig auf Grund der ihm abgelegten Rechnung mit neuer Klage diese Rechnung bemängelt, Einstellung von Mehrgewichten in die Rechnung und dem entsprechend Herauszahlung eines Guthabens verlangt.

Konventionalstrafe, Auslegung und stillschweigende Aufhebung einer solchen.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 26. Februar 1897. O. II. 162/97.

Unter dem 25./27. Februar 1895 schloß die deutsche Genossenschaft dramatischer Autoren und Komponisten zu Leipzig im Einverständnisse des Klägers mit dem Beklagten einen Vertrag ab, in dem sie zwei vom Kläger verfaßte Theaterstücke („Ruth" und „die Rachegeister") dem Beklagten zur Aufführung am National- und am Alexanderplatz-Theater zu Berlin überließ. Für die Ueberlassung des Aufführungsrechtes verpflichtete sich der Beklagte von der Bruttoeinnahme jeder Aufführung bestimmte Prozente als Urheber-Antheile für Rechnung des Klägers an die bezeichnete Genossenschaft zu bezahlen, und zwar am Schlusse jeden Monats für die während desselben veranstalteten Aufführungen, spätestens aber innerhalb der nächsten acht Tage pünktlich an die genannte Genossenschaft baar und portofrei einzusenden. Der Beklagte übernahm zugleich die Verbindlichkeit, die Aufführung der Werke des Klägers spätestens bis zum 30. Juni 1895 zu veranstalten. Für den Fall der Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit oder nicht pünktlicher Zahlung der Urheber-Antheile unterwarf sich der Beklagte nicht nur der Berechtigung der genannten Genossenschaft, den Vertrag vorbehältlich aller Rechte der Genossenschaft und des Klägers ohne Weiteres für aufgehoben zu erklären, sondern auch einer Konventionalstrafe von je 500 *M.*

Dieser Vertrag sollte bis zum 30. Juni 1895 Gültigkeit haben, aber von da ab als stillschweigend verlängert gelten, solange er nicht aufgekündigt wurde.

In einem Briefe vom 6. Januar 1896 forderte der Kläger den Beklagten auf, „die Rachegeister" bei Vermeidung der Konventionalstrafe spätestens bis zum 15. Januar 1896 zur Aufführung zu bringen. Diese Aufführung erfolgte auf dem Nationaltheater zu Berlin am 14. Januar 1896.

Erst am 19. Februar 1896 schickte der Beklagte an den Kläger 5 *M* 25 ₰. als angeblichen Urheberantheil ein.

Der Kläger verlangt, weil nach seiner Ansicht der Urheberantheil bis spätestens am 8. Februar 1896 zu zahlen gewesen wäre, vom Beklagten Zahlung der Konventionalstrafe von 500 *M.*

Der Bekagte bittet, die Klage abzuweisen, weil die Vertragsbestimmungen über die Zahlung der Urheberantheile keine rechtliche Wirksamkeit besitzen, indem er die letzteren als unsittlich oder wenigstens wucherische bezeichnet.

In dem Theaterzettel des Nationaltheaters vom 13. Januar 1896 (Volksvorstellung zu bedeutend ermäßigten Preisen), worin am Schlusse bemerkt ist: „Morgen zum ersten Male die Rachegeister," sind die Preise der Plätze wie folgt bestimmt: „Seitenparquet 10 ₰., Seitenbalkon Hintere Reihe 10 ₰., dritter Rang 10 ₰., zweites Parquet 20 ₰., zweiter Rang 20 ₰., Seitenbalkon vordere Reihe 30 ₰., erstes Parquet 30 ₰., erster Rang 30 ₰., Rangfauteuil 40 ₰., Sperrsitz

50 ₰, reservirter Sperrsitz 60 ₰, Parquetloge 60 ₰, Orchesterloge 75 ₰, Fremdenloge 75 ₰.

Die in erster Instanz erfolgte Klagabweisung wurde bestätigt aus folgenden Gründen:

Für die Beurtheilung des Streitverhältnisses ist in erster Linie der Inhalt der Vertragsurkunde vom 25. und 27. Februar 1895, genannt „Pflichtschein," maßgebend. Der Pflichtschein enthält die vertragsmäßige Uebertragung des Rechtes auf Benutzung zweier Geisteswerke des Klägers an den Beklagten und die vertragsmäßige Verpflichtung des Beklagten zu deren Veröffentlichung im Wege der Aufführung, also eine Art Verlagsvertrag;

zu vergl. Wächter, das Verlagsrecht § 10 bei Note 6 (S. 110), §§ 11, 20, 21, 52 (namentlich S. 638 bei Note 28 und 29).

Deshalb konnte sich fragen, ob nicht die Vorschrift in Art. 272 Nr. 5 des H.G.B.'s einschlage und die deutsche Genossenschaft dramatischer Autoren und Komponisten zu Leipzig, sofern sie den Abschluß derartiger Verlagsgeschäfte gewerbsmäßig betreibt, als Kaufmann im Sinne von Art. 4 des H.G.B.'s anzusehen sei. Indessen kann diese Frage dahingestellt bleiben. Denn der Inhalt des Vertrags vom 25. und 27. Februar 1895 ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Mag das gemeine Recht oder das Allgemeine Preußische Landrecht oder das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen oder das deutsche Handelsgesetzbuch auf den bezeichneten Vertrag Anwendung finden, in jedem Falle hat der Richter den Willen der Vertragsbetheiligten zu erforschen. Die näheren Umstände des vorliegenden Falls aber ergeben, daß der Vertragswille nicht ernstlich darauf gerichtet gewesen ist, dem Beklagten Zahlung der für den Kläger ausbedungenen Urheber-Antheile zu bestimmten Kalendertagen zur Pflicht zu machen und an die Nichteinhaltung der festgesetzten Fälligkeitstage den Eintritt einer Vertragsstrafe von je 500 ℳ zu knüpfen.

Der an sich dieser Annahme entgegenstehende Wortlaut des Pflichtscheins wird durch die sonstigen Verhandlungs- und Beweisergebnisse, insbesondere durch die Aussagen des als Zeugen vernommenen Dr. H., der die deutsche Genossenschaft dramatischer Autoren und Komponisten seit dem Jahre 1893 vertritt, nach Ansicht des Berufungsgerichts ausreichend widerlegt.

Der Beklagte steht, wie vom Kläger zugegeben wird, seit dem Jahre 1887 in geschäftlicher Verbindung mit der deutschen Genossenschaft dramatischer Autoren und Komponisten in Leipzig. Er ist daher lange vor Unterzeichnung des Pflichtscheins vom 25./27. Februar 1895 mit den Geschäftseinrichtungen der Genossenschaft vertraut gewesen.

In der Zeit vor dem Jahre 1892 leitete er das Ostend- und das Königstädtische Theater in Berlin. Damals hatte er Verträge über ältere Werke mit der Genossenschaft abgeschlossen. Diese Verträge verpflichteten nicht, sondern be-

Digitized by Google

rechtigten nur zur Aufführung der ihm überlassenen Stücke. Sie enthielten zwar auch Bestimmungen über die Urheber-Antheile, allein keine Strafberedung.

Nachdem er im Jahre 1892 das National- und das Alexanderplatz-Theater in Berlin übernommen hatte, wurden von ihm nicht nur über ältere Werke, sondern auch über „Novitäten" Verträge abgeschlossen. Seit Dr. H. Direktor der Genossenschaft ist, waren es nur noch Verträge der letzteren Art, „Pflichtscheinsverträge," die mit ihm eingegangen wurden. Die Zahl der von ihm abgeschlossenen Pflichtscheinsverträge beläuft sich auf etwa dreißig.

Es fällt zunächst auf, daß die Verträge über ältere Stücke, obschon sie ebenfalls Zahlungsbedingungen enthalten, die Erfüllung der letzteren nicht unter Strafandrohung stellen. Man ersieht daraus, daß in den Pflichtscheinen die Strafberedung für den Fall der Nichterfüllung des Vertrags hauptsächlich die Nichterfüllung der Aufführungspflicht, durch die gerade die Pflichtscheine von den sonstigen Verträgen wesentlich abweichen, im Auge gehabt hat. Die Strafberedung ist nun zwar in den Pflichtscheinsformularen auf die Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit zu bestimmten Tagen erstreckt worden. Allein diese Erstreckung hat thatsächlich „nur auf dem Papier gestanden." Von ihr ist, wie Dr. H. versichert, der doch davon Kenntniß haben müßte, niemals Gebrauch gemacht worden.

Das Geschäftsverfahren der Autoren-Genossenschaft ist vielmehr folgendes. Die Programme der in einem Monat aufgeführten Werke werden zur Berechnung der Autoren-Antheile im Laufe des nächsten Monats an die Genossenschaft eingeschickt. Wenn die Programme nicht im nächsten Monat eingegangen sind, so läßt die Genossenschafft eine Mahnung ergehen; bleibt die Mahnung ohne Erfolg, so wird mit großer Nachsicht eine Nachfrist, in manchen Fällen bis zum Ende der Saison, bewilligt.

Die Genossenschaft steht jährlich mit etwa 150 Theaterdirektoren in Verbindung. Bei dieser Ausdehnung des Geschäftsbetriebs kommt das oben geschilderte Verfahren, die fortgesetzte Nichtbeachtung der in den Vertragsformularen bestimmten Zahlungsbedingungen, auf eine stillschweigende Aufhebung derselben hinaus. Wenn gleichwohl die Vertragsformulare weiterbenutzt und auch vom Beklagten anstandslos unterschrieben wurden, so geschah dies im stillschweigenden Einverständnisse der Betheiligten, daß die Zahlungspflicht des Beklagten sich nicht nach dem Pflichtschein, sondern nach der zeitherigen Geschäftsverbindung und ihren Einrichtungen bestimme.

Die im Thatbestand wiedergegebenen Preise einer Volksvorstellung (im Höchstbetrage von 75 ₰.) ergeben ohne Weiteres, daß der Beklagte nicht in der Lage war, sich für jeden Zahlungsverzug einer Vertragsstrafe von 500 ℳ zu unterwerfen. Zu welchen Folgen die Erstreckung der Strafberedung auf den einfachen Zahlungsverzug führen würde, zeigt deutlich der vorliegende Fall, in dem die vom Beklagten an den Kläger eingesendete Tantieme von der Einnahme des 14. Januar 1896 im Ganzen 5 ℳ 25 ₰. betragen hat!

Schon in voriger Instanz ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß der Beklagte durch die Handhabung der Pflichtscheinverträge von Seiten der Genossenschaft veranlaßt worden sein mag, sie widerspruchslos zu unterschreiben. Er durfte mit Recht annehmen, daß er sich in Wirklichkeit einer Bestrafung des etwaigen Zahlungsverzugs im Sinne der Pflichtscheine nicht aussetze. Denn waren die Zahlungsbedingungen der letzteren nicht ernstlich gewollt und deshalb nichtig, so fiel das Versprechen der Strafe ganz von selbst weg.

Hat aber die von Dr. H. vertretene Genossenschaft ein Recht auf Strafe für den Zahlungsverzug nicht begründen wollen, so kann auch der Kläger ein solches Recht nicht in Anspruch nehmen, mag die Genossenschaft als Rechtsvorgängerin oder als Stellvertreterin des Klägers anzusehen sein. Denn selbst, wenn man die Genossenschaft nur als die bevollmächtigte Geschäftsführerin des Klägers ansehen wollte,

vgl. Wengler's Archiv v. J. 1874 S. 241 flg., 257 flg., 273 flg.,

so würde doch immerhin der Kläger von der Genossenschaft nicht blos in der Erklärung des Vertragswillens, sondern im Vertragswillen selbst vertreten worden sein, sein eigener Wille also für die Beurtheilung seiner Vertragsrechte nicht in Betracht kommen.

Die Einforderung der Vertragsstrafe geht nach alledem im vorliegenden Falle über dasjenige, was vom Beklagten nach Treu und Glauben zu leisten ist, hinaus. Etwas Anderes hat auch die vorige Instanz nicht sagen wollen, wenn sie das unerwartete Hervortreten des Klägers mit seinem Anspruche auf Konventionalstrafe mit dem Bemerken zurückgewiesen hat, daß die Genossenschaft sich mit einem derartigen Vorgehen einer arglistigen Handlungsweise schuldig gemacht haben würde (vgl. § 858 B.G.B.).

Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Preuß. Rechte. Erfüllungsort eines solchen. § 11, § 707 des B.G.B.'s, § 189 Th. I Tit. 16, § 222, § 244 Th. I Tit. 7, § 15 Th. I Tit. 15 des Allg. Landr., § 498 der C.P.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 11. März 1897. O. I. 172/96.

Im November 1894, zu Martini, kaufte der Beklagte von dem Kläger auf dem Viehmarkte zu Genthin zwei Kühe zum Preise von je 330 *M*, die Uebergabe unterblieb einstweilen. Am 12. November 1894 gegen Abend schickte der Kläger durch seine Leute dem Beklagten zwei Kühe als die gekauften nach der von dem Beklagten bestimmten Ausspannung im Gasthofe zum schwarzen Bären in Genthin. Der Beklagte nahm sie an und ließ sie noch in der Nacht vom 12. zum 13. November 1894 auf der Eisenbahn verladen. Später verkaufte er die Kühe in Meißen für je 365 *M*.

Dies ist unbestritten.

Der Kläger hat nun behauptet, es habe bei der Uebergabe der Kühe insofern eine Verwechslung stattgefunden, als dem Beklagten an Stelle der einen gekauften Kuh eine andere, fast ganz schwarze im Werthe von 400 ℳ übergeben worden sei, und hat von ihm den Ersatz des Werthes dieser Kuh im Betrage von 400 ℳ nebst Zinsen zu 6% jährlich seit der am 4. Dezember 1895 erfolgten Klagzustellung gefordert.

Der Beklagte hat das Anführen des Klägers bestritten und die Abweisung der Klage beantragt, im Laufe des Rechtsstreits aber, und zwar am 14. April 1896, 330 ℳ an den Kläger bezahlt, welche von diesem als Theilzahlung angenommen worden sind.

Das Landgericht hat die Klage, soweit der Kläger höhere Zinsen als zu 5% jährlich beansprucht hat, unbedingt abgewiesen.

Im Uebrigen hat es die Entscheidung von einem, dem Beklagten auferlegten richterlichen Eide des Inhalts abhängig gemacht, daß sich unter den, ihm am 12. November 1894 von den Leuten des Klägers im Gasthofe zum schwarzen Bären in Genthin übergebenen zwei Kühen eine fast ganz schwarz aussehende, ihm nicht verkaufte nicht befunden habe, und demgemäß für den Fall der Leistung des Eides die Klage gänzlich abgewiesen, für den Fall der Verweigerung desselben aber den Beklagten zur Bezahlung von 400 ℳ nebst 5% jährlichen Zinsen seit dem 4. Dezember 1895, jedoch abzüglich am 14. April 1896 gezahlter 330 ℳ verurtheilt.

Hiergegen hat der Beklagte mit dem Antrage auf Klagabweisung Berufung eingelegt, wogegen der Kläger um die Zurückweisung des Rechtsmittels gebeten hat.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger einen Eid dahin aufgelegt, daß nach seiner gewissenhaften Schätzung am 12. November 1894 die durch seine Leute dem Beklagten übergebene, ihm nicht verkaufte Kuh mindestens 400 ℳ und die ihm verkaufte, aber nicht gelieferte Kuh höchstens 330 ℳ werth gewesen sei.

Für den Fall der Eidesleistung ist die kostenpflichtige Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 400 ℳ mit Zinsen zu 5% vom 4. Dezember 1895 an, jedoch abzüglich am 14. April 1896 gezahlter 330 ℳ, für den Fall der Eidesverweigerung die Abweisung der Klage auch insoweit, als dies nicht bereits unbedingt geschehen, ausgesprochen worden.

Aus den Gründen:

Der Anspruch des Klägers ist auf die Bezahlung eines Geldbetrages gerichtet. Als Erfüllungsort hinsichtlich desselben hat daher, da es sich nicht um eine Forderung aus einem Handelsgeschäfte, sondern um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung handelt, und sonach die Bestimmungen des Art. 324 des H.G.B.'s nicht Platz zu greifen haben, der Ort zu gelten, wo der Kläger zur Zeit der Entstehung der Forderung, also der Hingabe der in Streit befangenen Kuh, seinen Wohnsitz gehabt hat, § 707 des B.G.B.'s.

Da dieß unstreitig Cade bei Genthin, ein zum Geltungsbereiche des All-

gemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten gehöriger Ort gewesen ist, sind bei der Beurtheilung des vorliegenden Streitfalles die Bestimmungen dieses Rechts zur Anwendung zu bringen, § 11 des B.G.B.'s.

Nun ist in § 189 des 16. Titels des 1. Theiles des Landrechts bestimmt, daß, wer eine Sache, die er nicht zu fordern hat, und sich dessen bewußt ist, als Zahlung oder sonst als Erfüllung einer Verbindlichkeit annimmt, für das Empfangene als ein unredlicher Besitzer haftet. Das ist dahin zu verstehen, daß sich der Umfang seiner Erstattungspflicht nach den für die Verbindlichkeiten des unredlichen Besitzers geltenden Vorschriften bestimmt.

Vergl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, 7. Aufl. 2. Bd. S. 494 Anm. 83.

Er hat deshalb die erhaltene Sache mit allen vorhandenen Früchten und Nutzungen zurückzugeben und diejenigen, welche er genossen hat, zu vergüten, oder wenn er die Sache veräußert hat, Schadenersatz zu leisten.

Vergl. Förster-Eccius, l. c. S. 494. L. R. Th. I, Tit. 7 § 222, 244.

Dabei gilt jedoch das Besondere, daß, wenn der unredliche Empfänger vor der Anstellung der Klage die erhaltene Sache veräußert hat, er nicht zu deren Beschaffung, sondern nur zum Ersatz des Werthes in Geld angehalten werden kann.

Vergl. Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts, 4. Aufl., 1. Bd. § 247 Ziff. 1a S. 628, L. R. I T. 15, § 15.

Diese Vorschriften schlagen im vorliegenden Falle ein.

Der Beklagte hat, wie er nicht mehr bestreitet, infolge eines Versehens der Leute des Klägers an Stelle einer gekauften eine andere, dem Kläger gehörige, ihm nicht verkaufte Kuh übergeben erhalten und sie weiter veräußert. Er hat somit thatsächlich an Stelle des ihm eigentlich geschuldeten Gegenstandes als Erfüllung seiner Forderung aus dem, mit dem Kläger abgeschlossenen Kaufvertrage etwas angenommen, was er nicht zu verlangen hatte.

Vergl. Dernburg, 2. Bd. § 98 S. 246.

Der Kläger würde daher berechtigt sein, vollen Ersatz des ihm dadurch erwachsenen Schadens von dem Beklagten zu verlangen, wenn dieser sich der stattgefundenen Verwechslung der Kühe bewußt gewesen wäre, wobei darauf, daß dieselbe nicht durch einen Irrthum des Klägers selbst, sondern der Leute desselben veranlaßt worden ist, nichts ankommt.

Vergl. Förster-Eccius, 2. Bd. S. 491.

Es wird sodann ausgeführt, daß der Beklagte als Viehhändler doch spätestens bei dem Weiterverkaufe die vorgekommene Verwechslung der Kühe bemerkt haben muß.

Sonach ist aber davon auszugehen, daß der Beklagte dem Kläger in Ansehung der fraglichen Kuh vollen Ersatz zu leisten hat. L. R. I, 16 § 189, 7, § 244.

Bei der Ermittelung des dem Kläger zukommenden Betrags ist jedoch zu berücksichtigen, daß er die eine der dem Beklagten verkauften Kühe behalten hat,

und ein Anspruch des Beklagten auf nachträgliche Lieferung derselben als ausgeschlossen angesehen werden muß. Dies ergiebt sich daraus, daß der Beklagte die falsche Kuh wissentlich als Erfüllung angenommen, und infolgedessen das ursprünglich zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufsgeschäft als erledigt zu gelten hat.

Vergl. Dernburg II § 98 S. 246; Windscheid, Pandekten, 7. Aufl. 2. Bd. S. 264.

Diesen Standpunkt nehmen anscheinend auch die Parteien selbst ein. Anders läßt sich wenigstens ihr zeitheriges Verhalten nicht erklären. Denn weder hat der Kläger, — wozu er jedenfalls auch nicht mehr im Stande sein würde — sich zur nachträglichen Lieferung der dem Beklagten verkauften Kuh erboten, noch dieser bisher zu erkennen gegeben, daß er diese Lieferung noch wünsche. Vielmehr hat der Beklagte am 14. April 1896 auf die geklagte Forderung, also für die ihm gelieferte, aber nicht verkaufte Kuh sogar vorbehaltlos 330 ℳ bezahlt.

Der Kläger hatte demnach von dem Beklagten für die irrthümlich gelieferte Kuh zu fordern den für die nicht gelieferte vereinbarten Kaufpreis von 330 ℳ und denjenigen Betrag, um welchen der Werth der ersteren denjenigen der letzteren überstiegen hat. Denn so viel, als der Werthsunterschied zwischen beiden Thieren ausmacht, hat der Kläger für den festgesetzten Kaufpreis mehr geleistet als er verpflichtet war, und der Beklagte mehr erhalten als ihm zukam.

Dieser Betrag ist nach der Zahlung der 330 ℳ Seiten des Beklagten auch zwischen den Parteien allein noch streitig.

Um ihn zu ermitteln, bedarf es der Bestimmung des Werthes der beiden Thiere am 12. November 1894.

Auf Grund der Beweisergebnisse wird sodann dargelegt, daß zu einem sicheren Ergebniß hinsichtlich des Werthes der beiden in Frage befangenen Kühe nicht zu gelangen gewesen ist und es fahren die Gründe alsdann fort:

Unter diesen Umständen erschien es angemessen, die Bestimmung des Werthes der beiden Kühe und damit die Feststellung des ihm gebührenden Schadenersatzes der gewissenhaften Würderung des Klägers zu überlassen und ihm in dieser Hinsicht einen richterlichen Eid zuzuerkennen.

Der Kläger, welcher die beiden Kühe doch sicherlich genau besichtigt und gekannt hat, wird voraussetzlich ein sicheres Urtheil über deren Werth abzugeben wohl im Stande sein, vergl. § 260 der C.P.O., Annalen des O.L.G.'s 15. Bd. S. 50; Reincke, C.P.O., 3. Aufl. S. 314.

Da der Werth der dem Beklagten übergebenen, aber nicht verkauften Kuh jedenfalls nicht mehr als 400 ℳ betragen hat, der Werth der dem Beklagten verkauften, aber nicht gelieferten Kuh dagegen mit mindestens 330 ℳ angenommen werden muß, hat sich die Schätzung des Klägers innerhalb dieser Grenzen zu bewegen dergestalt, daß er den Werth des ersteren Thieres zwar niedriger aber nicht höher als auf 400 ℳ, und denjenigen der letzteren Kuh zwar höher aber nicht niedriger als auf 330 ℳ angeben darf. Es wird daher auf Verlangen des

Klägers in die Eidesformel eine geringere Summe als die von 400 ℳ, bez. eine größere als die von 330 ℳ einzurücken sein.

Was für den Fall der Leistung oder Verweigerung des erkannten Eides entschieden worden ist, bedarf keiner weiteren Rechtfertigung, sondern ergiebt sich nach Vorstehendem von selbst.

Hinsichtlich der dem Kläger eventuell zugesprochenen Zinsen wird noch auf I, 16, § 64, 65, 71 L. R. verwiesen.

Vergl. auch Dernburg, 2. Bd. § 289, S. 898.

Dadurch, daß die Entscheidung über den Klaganspruch, soweit er noch streitig ist, anstatt von einem Eide des Beklagten nunmehr von einem Eide des Klägers abhängig gemacht worden ist, hat die Rechtslage des Beklagten um deswillen, weil er den ihm durch das angefochtene Urtheil auferlegten Eid nach seinen, in der Berufungsinstanz abgegebenen Erklärungen nicht leisten konnte, nicht eine Verschlechterung, sondern eine Verbesserung erfahren, die als ein Erfolg seines Rechtsmittels zu betrachten ist. Ein Verstoß gegen § 498 der C.P.O. liegt mithin nicht vor.

Vergl. Reincke l. c. S. 518.

Vertrag über Lieferung und Aufstellung eines Motors als Kauf- und Verdingungsantrag; Zulässigkeit der Zurückhaltungseinrede gegenüber dem Verdingungsantrage; Zulässigkeit der Berufung (§ 768 des B.G.B.'s, § 94 der C.P.O.).

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 10. Juni 1897. O. I. 183/96.

Die Klägerin hat dem Beklagten im Februar 1894 einen Motor käuflich geliefert und fordert mit dem im Laufe des Prozesses erweiterten Klagantrag die dafür einschließlich der Montage vereinbarte Gegenleistung, von der sie sich 40 ℳ für zurückgesandte Verpackung und eine Anzahlung von 200 ℳ kürzt, andererseits aber Zinsen und zwar von den einzelnen Theilzahlungen, in denen sie zu gewähren war, je vom Tage ihrer Fälligkeit ab beansprucht.

Vom Beklagten ist die Abweisung der Klage beantragt worden. Das große Rad des Motors saß seiner Behauptung nach nicht fest, sondern locker auf. Bis zur Beseitung dieses von ihm, wie er versichert, gegen Mitte April 1894 bemerkten und am 19. desselben Monats gerügten Mangels hat er die Zahlung der Klagforderung zurückgehalten. Das Landgericht aber hat nach einer eingehenden Beweisaufnahme ihm darin Recht gegeben und die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urtheil hat die Klägerin Berufung eingelegt, im Verhandlungstermin jedoch angezeigt, daß sie nach Verkündung der erstinstanzlichen Entscheidung durch Zahlungen befriedigt worden sei und an Stelle des ursprünglich angekündigten, auf Verurtheilung des Beklagten nach der Klagbitte gerichteten Antrages, den Antrag verlesen, den Beklagten zur Tragung der Prozeßkosten zu verurtheilen.

Die erstinstanzliche Entscheidung wurde dahin abgeändert, daß von den Kosten des Rechtsstreites, einschließlich der Berufungsinstanz, die gerichtlichen jeder Partei zur Hälfte auferlegt, die außergerichtlichen dagegen kompensirt wurden.

Aus den Gründen:

Streitgegenstand ist in erster Instanz die Forderung der Klägerin für die Lieferung und Montage des vom Beklagten erkauften Motors gewesen. Der Beklagte hat sie anfänglich zurückgehalten, nach Verkündung der erstinstanzlichen Entscheidung aber, nach Beseitigung des gerügten Mangels durch die Klägerin, in mehreren Theilzahlungen getilgt, deren letzte hinter der Zustellung des Berufungsschriftsatzes der Klägerin liegt. Es war also zu dem letzteren Zeitpunkt die Anfechtung der Entscheidung auch in der Hauptsache möglich. Das nicht blos auf dem Kostenpunkt beschränkte Rechtsmittel ist daher zulässig eingelegt und daß in Folge der nachträglichen völligen Befriedigung der Klägerin nur noch über die Prozeßkosten zu entscheiden ist, steht seiner Weiterverhandlung nicht entgegen.

Zu vergl. Entscheid. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 18 S. 418 flg., Bd. 20 S. 430 flg., Bd. 27 S. 365 flg., Gruchot, Beiträge Bd. 33 S. 1139.

In der Sache selbst handelt es sich lediglich um die Frage, ob der Beklagte zur Zurückhaltung der mit der Klage geforderten, nach Grund und Betrag unstreitigen Leistung berechtigt war. Für ihre Beantwortung ist es gleichgültig, ob die Klägerin den Motor, dessen Bezahlung sie fordert, erst auf die Bestellung des Beklagten aus ihr gehörigen Stoffen hergestellt hat, oder ob eine bereits fertig gestellte — sei es individuell bestimmte, sei es durch den in ihrer Konstruktion begründeten Gattungsbegriff gekennzeichnete — Maschine den Gegenstand des Vertrages gebildet hat. Denn auch, wenn eine nur der Gattung nach bestimmte Sache zu liefern war, würde die unstreitige Annahme des ihm als Erfüllung angebotenen konkreten Motors durch den Beklagten die thatsächliche Umwandlung des Vertrages in den über eine individuell bestimmte Sache in sich schließen,

vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 6 S. 190, Bd. 12 S. 84, Bd. 20 S. 6, Bd. 30 S. 159; Wengler's Archiv, N. F., Bd. 10 S. 752; Sächs. Archiv Bd. 6 S. 698,

und zwar nach dem Rechte des Königl. Sächs. Bürgerlichen Gesetzbuchs mit der Rechtsfolge, daß der Beklagte nicht, wie beim Gattungskauf, die Lieferung eines fehlerlosen Motors statt des erhaltenen mangelhaften oder die Nachgewähr der fehlenden Eigenschaft durch die Beseitigung des nachträglich entdeckten Mangels verlangen kann, sondern daß ihm nur die in den gesetzlichen Vorschriften über die Gewähr der Fehler begründeten Rechtszuständigkeiten zur Seite stehen, die in dem Anspruch auf Wandlung oder auf Minderung des Kaufpreises und beziehendlich auf Schadenersatz sich erschöpfen.

Motive zu § 909 des B.G.B.'s, abgedruckt bei Siebenhaar, Kommentar,

2. Aufl., Bd. 2 S. 149; Wenglers's Archiv, N. F., Bd. 10 S. 440; Sächs. Archiv Bd. 7 S. 70 flg.

Das entzieht seiner Einrede die rechtliche Grundlage, die er ihr aus der aus dem Kaufvertrag hergeleiteten Verpflichtung der Klägerin zur Abstellung des gerügten Mangels geben will. Auch die Bezugnahme auf ein besonderes, dem Abschluß des Lieferungsvertrages nachgefolgtes Versprechen der Klägerin vermag sie nicht zu begründen, da die geschuldete Leistung nach § 768 des B.G.B.'s nur wegen einer auf demselben Rechtsgeschäfte beruhenden Gegenleistung zurückgehalten werden kann.

Nun ging hier aber die Verpflichtung der Klägerin nicht blos auf Lieferung, sondern auch auf Aufstellung des Motors; die Klagforderung umfaßt die Gegenleistung des Beklagten für die Lieferung einschließlich der Montage, und um einen Fehler der Letzteren handelt es sich.*) Derartige, nicht in der Konstruktion der Maschine, sondern in ihrer fehlerhaften Aufstellung begründete Mängel sind nach den Grundsätzen des Kaufes überhaupt nicht zu vertreten und können nur unter der Voraussetzung geltend gemacht werden, daß die Montirung, wenn ihr auch nicht eine überwiegende den Charakter des gesammten Vertrages bestimmende Bedeutung zugestanden werden kann,

Wengler's Archiv, N. F., Bd. 7 S. 113 flg.; Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 9 S. 557 flg.; Sächs. Archiv Bd. 7 S. 72,

doch nicht der rechtlichen Selbständigkeit entbehrt, sondern den Gegenstand eines neben dem Kaufvertrag bestehenden selbständigen Vertrages bildet.

Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 10 S. 52 flg.

Man trägt keine Bedenken, das Letztere auch im vorliegenden Falle anzunehmen und findet die Rechtfertigung hierzu hauptsächlich in der Bedeutung, die der Aufstellung der Maschine zukommt und die hier dadurch bewiesen wird, daß die undichte Anpassung und die mangelhafte Befestigung des Rades nicht nur ihren Gang beeinträchtigt, sondern sie auch durch die Gefahr des Abschlagens der Radzähne die Möglichkeit einer wesentlichen Beschädigung ausgesetzt hat. Daß die Gegenleistung des Beklagten einheitlich ohne Feststellung eines davon auf die Montage zu rechnenden Antheils ausgeworfen worden ist, bildet für die Annahme eines selbständigen Verdingungsvertrages kein Hinderniß. Die Entlohnung dafür ist aber dann im vereinbarten Gesammtpreis gleichzeitig mit enthalten und der Antheil, den sie an ihm hat, kann, soweit es erforderlich ist, im Wege der Vertragsauslegung durch das Vertragsverhältniß der beiden Leistungen zu einander ermittelt werden.

Beim Verdingungsvertrag aber ist der Besteller berechtigt, die Beseitigung der Mängel, an denen das hergestellte Werk leidet, vom Unternehmer zu fordern, ohne zu ihrer alsbaldigen Anzeige verpflichtet zu sein. Nur erst die ausdrückliche

---

*) Nach den Beweisergebnissen war das Zahnrad des Motors nicht gut auf die Welle angepaßt und schlecht befestigt.

oder stillschweigende Billigung der hergestellten Sache beschränkt seine Vertheidigung auf die Mängel, die ihm bei der Billigung verborgen geblieben sind. Auf eine solche Billigung hat sich die Klägerin nicht berufen, noch kann sie aus den vorgetragenen Thatsachen gefolgert werden. Sie liegt insbesondere nicht in der Ingebrauchnahme des Motors durch den Beklagten, da die vom Sachverständigen bestätigte verborgene Lage der betreffenden Maschinentheile die Ursache des mangelhaften Ganges der Maschine nicht sofort erkennen ließ, und ebensowenig in der theilweisen Berichtigung des Kaufpreises, die auch nach dem Zugeständniß der Klägerin unter Hervorhebung des damals bereits hervorgetretenen Mangels erfolgt ist.

Das hiernach anzuerkennende Recht des Beklagten auf Beseitigung der mangelhaften Anpassung und Befestigung des Zahnrads auf und an der Welle des Motors giebt ihm die Befugniß, bis zur erfolgten Herstellung des ordnungsmäßigen Zustandes seine Gegenleistung aus demselben Rechtsgeschäft zurückzuhalten und das begründet die geltend gemachte Zurückhaltungseinrede zwar nicht nach dem Umfange, in dem sie erhoben worden ist, aber doch nach demjenigen Bruchtheil der Klagforderung, die als die Gegenleistung des Beklagten für die von der Klägerin gewährte Montage des Motors anzusehen ist.

Dabei kann unentschieden bleiben, ob auf das Zurückhaltungsrecht aus § 768 des B.G.B.'s, um das es sich hier handelt und das im Gegensatz zu dem Zurückhaltungsrecht des Handelsrechts dem Gegner zur Vertragserfüllung nöthigen, nicht aber die letztere sichern soll, schon nach den Grundsätzen der auch dem vertragsbrüchigen Gegner schuldigen Billigkeit immer nur in den Grenzen geltend gemacht werden kann, die sich aus dem Umfange des eigenen Anspruchs des Zurückhaltenden ergeben.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 2 S. 384, Bd. 18 S. 276, Bd. 21 S. 207; Blum, Urtheile und Annalen, Bd. 1 S. 134; Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 4 S. 198; Seuffert's Archiv Bd. 41 S. 15, Bd. 49 S. 32; Annalen des Oberlandesgerichts Bd. 1 S. 288 und die unter O IV 65/88 und 108/92 ergangenen Entscheidungen desselben Gerichtshofes.

Denn das ist ohne weiteres klar, daß die Gegenleistung aus dem Verdingungsvertrage, der gegenüber das Zurückhaltungsrecht des Beklagten überhaupt nur in Frage kommen konnte, nur einen verhältnißmäßig kleinen Bruchtheil der Klagforderung darstellen kann, die den gesammten Anspruch der Klägerin aus der Lieferung und der Montage des Motors zum Gegenstand hat. Zu dem Antrage auf völlige Klagabweisung war daher der Beklagte keinesfalls berechtigt. Trotz des ihm in den angegebenen Grenzen zustehenden Zurückhaltungsrechtes, das in den bereits hervorgehobenen Thatsachen seine Begründung und seinen Beweis findet und durch die dagegen erhobenen, schon vom Vorderrichter in zutreffenden Erwägungen zurückgewiesenen Einwendungen der Klägerin nicht hinfällig wird, würde

er mindestens insoweit unbedingt zu verurtheilen gewesen sein, als in der Klagforderung der Kaufpreis für die Maschine enthalten ist.

Eine ziffermäßige Feststellung desselben und damit zugleich des auf die Montage entfallenden Theiles der Klagforderung ist für die allein noch zu treffende Kostenentscheidung entbehrlich. Soviel wiegt die Einrede jedenfalls, daß eine Anwendung der Bestimmung in § 88 Abs. 2 der C.P.O. zu Gunsten der Klägerin ausgeschlossen ist. Die Kosten sind daher nach dem Ermessen des Gerichts gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen (§ 88 Ziff. 1 der C.P.O.), und es entspricht der gesammten Sachlage, wenn dies dahin geschehen ist, daß jede Partei die gleiche Kostenlast trifft.

Die Berufung der Klägerin hat daher nur einen Theilerfolg finden können. Soweit sie die Zutheilung der sämmtlichen Kosten des Rechtsstreites an den Beklagten erstrebt hat, war sie als unbegründet zurückzuweisen. Es entspricht dieser Sachlage, wenn auch die Rechtsmittelkosten in der gleichen Weise, wie diejenigen der ersten Instanz, unter den Parteien zur Aufrechnung und Vertheilung gebracht worden sind.

Anstellung eines gewerblichen Geschäftsführers auf Probe; Wegfall der Probezeit nach Ablauf einer angemessenen Frist. § 133 a der Gew.O.

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 4. November 1897. O. V. 64/97.

Der Kläger hat bei dem Beklagten, einem Fabrikbesitzer als „gewerblicher Geschäftsführer" gegen einen jährlichen, in Monatsraten zahlbaren Gehalt von 2000 ℳ vom 15. Januar 1893 ab in Diensten gestanden.

Bei der Anstellung war ihm gestattet worden, nebenbei eine Agentur für Kops-Färberei anzunehmen.

Am 8. Dezember 1896 ist er vom Beklagten ohne vorherige Kündigung entlassen worden.

Mit der gegenwärtigen Klage forderte der Kläger 588 ℳ 50 ₰. Gehalt auf die Zeit vom 8. Dezember 1896 bis zum 31. März 1897.

Der Beklagte stützte seinen Antrag auf Klagabweisung — außer auf andere Einwendungen — darauf, daß der Gegner von ihm nur auf Probe angestellt worden sei. Der Kläger verneinte dies.

Unstreitig ist, daß der Kläger den technischen Betrieb geleitet, mit der eigentlichen kaufmännischen Buchführung aber nichts zu thun gehabt und nur Bücher mit Berechnungen über den zu erzielenden Gewinn geführt, auch die Leute angestellt und entlassen, auch einen „Webermeister" unter sich gehabt hat.

Die in erster Instanz ausgesprochene Verurtheilung wurde gebilligt aus folgenden Gründen:

Der Annahme des Landgerichts, daß der Kläger den „Werkmeistern, Betriebsbeamten und ähnlichen Angestellten", wie sie in § 133a der Gew.O. auf-

geführt werden, beizuzählen sei, ist keine Partei entgegengetreten. Der Kläger selbst bezeichnet sich als „gewerblichen Geschäftsführer". Er gehört weder zu den einfachen Arbeitern und Vorarbeitern noch ist er als selbständiger Stellvertreter des Gewerbeunternehmers anzusehen, er ist vielmehr der zwischen beiden bestehenden Mittelstufe zuzurechnen, auf die die Vorschriften in den §§ 133a flg. der Gew.O. Anwendung leiden. Hierfür spricht einerseits der Umstand, daß der Kläger den Betrieb zu leiten, insbesondere auch die Arbeiter anzustellen und zu entlassen hatte, während andererseits die geringe Höhe des Gehaltes darauf hinweist, daß der Kläger nicht als selbständiger Vertreter des Gewerbeunternehmers anzusehen ist,

> von Landmann, Gew.O., 1895 Bd. II S. 902; von Schicker, Gew.O. 1892 S. 329 Nr. 4; Reichsgesetz vom 29. Juli 1890 § 2 Abs. 2, sowie den Kommentar dazu von Dr. Wilhelmi und Dr. Fürst, S. 23 Nr. 5 flg.

Nach der somit maßgebenden Vorschrift im § 133a der Gew.O. ist der Anspruch des Klägers an sich gerechtfertigt. Der Beklagte selbst verneint das nicht und stützt seine Rechtsvertheidigung allein darauf, daß er berechtigt gewesen sei, den Kläger ohne Kündigung zu entlassen.

Den Hauptwerth legt er dabei darauf, daß die Anstellung des Klägers nur auf Probe erfolgt sei. Den ersten Richtern ist darin beizustimmen, daß der Beklagte auf eine solche Vertragsbestimmung, auch wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend getroffen worden wäre, sich nicht mehr würde berufen können.

Die Anstellung auf Probe hat allerdings im allgemeinen die Bedeutung, daß der Angestellte jeder Zeit, ohne Einhaltung insbesondere der vom Gesetze etwa vorgeschriebenen Kündigungsfristen, entlassen werden kann. Sie erfolgt aber in der Regel auf eine bestimmte kürzere Frist, nach deren Ablauf das Recht zur sofortigen Entlassung wegfällt. Auch in den Fällen, in denen eine solche Frist nicht ausdrücklich bestimmt worden ist, muß man es als von den Vertragschließenden stillschweigend gewollt ansehen, daß die Probezeit nicht beständig fortdauern, sondern mit dem Ablaufe einer angemessenen Frist aufhören soll. Die entgegengesetzte Auffassung würde dazu führen, daß der zuerst auf Probe Angestellte auch nach vielen Jahren noch ohne weiteres entlassen werden könnte, also dahin, daß die Anstellung auf Probe den Dienstherrn für immer zur sofortigen Vertragsaufhebung berechtigte, das aber kann nicht als der Wille der Betheiligten angesehen werden; deren Wille geht voraussetzlich vielmehr dahin, daß zuerst eine Probezeit eintrete, nach deren Ablauf aber das Dienstverhältniß entweder aufgelöst oder in ein dauerndes verwandelt werde. Dabei fehlt es auch dann, wenn keine bestimmte Frist vereinbart worden ist, nicht an einem genügenden Anhalte zur Beantwortung der Frage, von wann an das Dienstverhältniß als ein dauerndes anzusehen sei; maßgebend wird die Frist sein, die nach Lage der Sache erforderlich war, die Brauchbarkeit des Angestellten zu erproben.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an und erwägt man weiter, daß der Beklagte mindestens nach Jahresfrist die Leistungsfähigkeit des Klägers hinreichend beurtheilen konnte, so kann dem Beklagten unbedenklich entgegengehalten werden, daß er sich nach Ablauf von Drei und dreiviertel Jahren auf die probeweise Anstellung nicht mehr berufen konnte.

Daß hieran auch durch die angebliche Aeußerung des Klägers, „er könne jeder Zeit fort, weil er nur auf Probe da sei", nichts geändert werden würde, hat das Landgericht gleichfalls schon ausgesprochen. Es handelt sich insoweit um unverbindliche Meinungsäußerungen gegenüber Dritten, wodurch das Vertragsverhältniß zwischen den Parteien nicht berührt wurde. Höchstens kommt in Frage, ob nicht aus der nachträglichen Erklärung des Klägers ein Rückschluß auf seine ursprüngliche Willensmeinung gezogen und somit angenommen werden müsse, er sei in der That von Anfang an der Meinung gewesen, daß die Anstellung auf Probe beide Theile dauernd berechtige, den Dienstvertrag ohne vorherige Kündigung aufzuheben. Allein ein solcher Rückschluß erscheint nicht gerechtfertigt. Es spricht soviel für die Annahme, auch der Kläger seinerseits sei der gegentheiligen aus der Natur der Sache sich ohne weiteres ergebenden Anschauung gewesen, daß man auf jene spätere Aeußerung allein kein entscheidendes Gewicht würde legen können, zumal sie — nach der Behauptung des Beklagten — nur einem Dritten gegenüber gefallen ist und unter Umständen, die dem Kläger keineswegs die sorgsame Abwägung jedes einzelnen Wortes nahelegten. Dazu kommt, daß der Kläger nur von seinem Recht, „jede Zeit fort zu können", gesprochen haben soll.

Zusicherung bestimmter Eigenschaften der Waare neben der Verabredung der Probemäßigkeit? Klagänderung, wenn der Verkäufer erst in zweiter Instanz behauptet, es sei nach Probe gekauft worden?

Urtheil des L.G.'s Leipzig, Civ.K. II vom 22. März 1897. Dg. II. 254/96.

Die Beklagte hat durch Postkarte vom 23. September 1895 bei dem Kläger angefragt, zu welchem äußersten Preise er Ia weißen rheinischen naturellen Faßweinstein rein offerire. Durch Antwort vom 26. September 1895 erfolgte das Angebot zu 114 ℳ per 100 Kilo netto per Kasse mit 2 % Sconto mit dem Zusatze: „Muster stehen zu Diensten". Darauf forderte die Beklagte durch Postkarte vom 28. September 1895 umgehend „eine kleine Mustersendung", die mit Brief vom 30. September 1895 per Musterpost „wie offerirt" übersandt worden ist. Am 3. Oktober 1895 bestellte Beklagte durch Postkarte „die 200 kg Ia weißen naturellen Faßweinstein garantirt rein".

Gegen die auf Bezahlung des Kaufpreises gerichtete Klage wendete Beklagte ein, der Weinstein sei nicht garantirt rein gewesen; auch bestritt sie, nach Probe gekauft zu haben; die Bestellkarte sage nichts davon. Die Probe kann Beklagte

nicht vorlegen und über deren Verbleib, Natur und gegnerisch behauptete Uebereinstimmung von Probe und Waare nichts angeben.

In zweiter Instanz wurde die Beklagte nach dem Klagantrage verurtheilt. Aus den Gründen: Der erstinstanzliche Thatbestand hat eine erhebliche Verschiebung dadurch erfahren, daß nach Einverständniß der Parteien die Beklagte vor dem Vertragsabschluß die Mustersendung gefordert und empfangen hat,*) und daß, wie nach C.P.O. § 129 angenommen werden muß, die Lieferung mit dem Muster übereinstimmt.

Das Muster ist offenbar verlangt und gesandt, um als Ausfallsprobe zu dienen, um also in ihr die Qualitäten der Waare ersichtlich zu machen und prüfen zu können. Und wenn auch die Beklagte in ihrer Bestellkarte auf das Muster nicht Bezug nimmt, so muß doch nach Treu und Glauben angenommen werden, daß dieses ihr genügte und die in Gestalt desselben offerirte Waare von ihr gekauft werden sollte. Allerdings wird dieselbe als „Ia weißer natureller rheinischer Faßweinstein garantirt rein“ vom Kläger bezeichnet und als solcher von der Beklagten gekauft. Daraus folgert sie, daß die Lieferung nur dann eine vertragsmäßige sei, wenn ihr die bezeichneten Eigenschaften zukommen — und gerade daran soll es fehlen. Auch muß zugegeben werden, daß neben der Verabredung der Probemäßigkeit sehr wohl die Zusicherung anderer Eigenschaften hergehen kann. Das ist in der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes wiederholt anerkannt (Bolze, Praxis des R.G.'s Bd. VII Nr. 583, Bd. X Nr. 470, Bd. XI Nr. 387, vgl. auch Staub, Kommentar z. H.G.B. 2. Aufl. S. 772.).

Aber davon wird dann nicht zu sprechen sein, wenn die Probe gerade den Zweck hat, über die zugesicherten Eigenschaften den gewünschten Aufschluß zu geben, diese, so zu sagen, zu konkretisiren. In einem solchen Fall soll die Anschauung die immerhin möglichen Verschiedenheiten der Auffassung, welchen die allgemeinen Zusagen begegnen können, beseitigen und die Probe die nähere Determination derselben geben. So lag es im gegenwärtigen Fall. Der Kläger erklärte bei der Offerte vom 26. September: „Muster stehen zu Diensten“; darauf forderte die Beklagte die Mustersendung und bestellte nach ihrem Empfang. Dieses Verfahren duldet keine andere Auslegung als die obige. Das Muster konnte vernünftigerweise nur gefordert und gesandt werden, damit durch dasselbe eine Prüfung der Eigenschaften der Waare und zwar gerade auch der gewollten Eigenschaften „naturell, rein“ ermöglicht werde. Daher war die Probe auf ihre Zusammensetzung und Verwendbarkeit zu untersuchen. Daß dies nicht thunlich gewesen sei, ist von der Beklagten in schlüssiger Weise nicht behauptet. Und daher muß mit der Probe die ihr unbestritten entsprechend gelieferte Waare hinsichtlich der den Gegenstand des gegenwärtigen Streits bildenden Mängel als genehmigt gelten. Die Beklagte wollte eben mit jener stillschweigend genehmigten Probe übereinstimmende Waare

*) Hiervon hatten die Parteien in erster Instanz nichts erwähnt.

haben und solche hat sie erhalten. Daß dabei dem Kläger ein unredliches Verhalten zur Last falle (vergl. Bolze a. a. O. XI Nr. 387), ist nicht behauptet.

Entsprechend entschied der höchste Gerichtshof in einem Urtheil v. 16. März 1889 (Bolze Bd. VII Nr. 583, 585).

Die Rüge der Klagänderung gegenüber der Berufung des Klägers auf die Probemäßigkeit der Waare ist grundlos; denn, wie oben angezeigt, sollte die Waare und die Zusage ihrer Eigenschaften durch die Probe lediglich die nähere Determination empfangen. Der Klaggrund bleibt das ursprünglich behauptete, jetzt nur genauer substantiirte Rechtsgeschäft.

Beanstandung einer größeren Lieferung wegen theilweiser Mangelhaftigkeit. Die Rügefrist des Art. 347 des H.G.B.'s ist nach den besonderen Verhältnissen des konkreten Falles, nicht nach allgemeinen, der Beschaffenheit der Sendung entnommenen Erwägungen zu beurtheilen. Verfügung des Käufers über eine Waare, die er als unempfangbar dem Verkäufer zur Disposition gestellt hat. Nothverkauf.

RG. VI. Civ.-Sen. Urth. v. 28. Oktober 1897. VI. 180/97.

Der Beklagte erhielt von der Klägerin auf Bestellung zwei Waggons „nasse Kalbsköpfe“ sogenanntes Leimleder geliefert. Der erste Waggon traf am 6. April 1895, der zweite am 3. Mai 1895 auf der Eisenbahnstation Lehrberg ein. Die Ladung des ersten Waggons wurde sofort nach Eintreffen von einem Bediensteten des Beklagten untersucht, jedoch erst am 11. April, die zweite Lieferung dagegen schon am 3. Mai als verdorben und unbrauchbar zur Verfügung gestellt. Die erste Lieferung wurde sodann durch die Güterexpedition Lehrberg, die zweite durch den Beklagten öffentlich versteigert.

Die auf Zahlung des Kaufpreises erhobene Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen; das Reichsgericht hob das Urtheil aus den nachstehenden Gründen auf:

Das Berufungsgericht erachtet die Vertragswidrigkeit der gelieferten Waare für erwiesen, die Mängelanzeige auch hinsichtlich der ersten Lieferung für rechtzeitig, auch bei theilweiser Mangelhaftigkeit der Waare den Beklagten zur Zurückweisung des Ganzen für berechtigt und die beiden Verkäufe für gerechtfertigt.

Die Revision rügt die Verletzung der Art. 347 und 348 des H.G.B.'s. Hinsichtlich der ersten Lieferung sei die Mängelanzeige verspätet, da Zeuge H. die Waare sofort nach ihrer Ankunft untersucht und den Beklagten hiervon verständigt habe. Auch in der Mängelanzeige vom 11. April sei nur gerügt, daß ein Theil der Waare verdorben gewesen. Der Beklagte hätte den empfangsfähigen von dem nicht empfangsfähigen Theile absondern müssen. Verkauf unter Nicht-

beobachtung der Vorschriften des Art. 343 des H.G.B.'s sei eine eigenmächtige Verfügung und gelte als nachträgliche Annahme.

Die Rüge der Art der Mängelanzeige betrifft somit die beiden Lieferungen, die Beanstandung der Rechtzeitigkeit die erste, die Rüge der eigenmächtigen Verfügung nur die zweite Lieferung.

Ob bei theilweiser Mangelhaftigkeit das Ganze zurückgewiesen werden darf, hängt zunächst davon ab, ob nach dem Willen der Parteien, nach der Natur des Vertrages oder der Beschaffenheit des Gegenstandes die Sendung als eine untheilbare zu erachten ist. Das Berufungsgericht macht geltend, der Beklagte habe bei der waggonweisen Bestellung ein spezielles Interesse an der Vertragsmäßigkeit und demgemäßen Empfangbarkeit der ganzen Waggonsendung gehabt und habe schon aus diesem Grunde das jeweils in einem Waggon verladene Kalbsleder als Ganzes zurückweisen können. Auch bringe es die Natur und Beschaffenheit der in so großer Menge hergerichteten, waggonweise verladenen nur bestellungsgemäß dieser Weise gelieferten Kalbsköpfe mit sich, daß dieses verkaufte Objekt als ein wirthschaftlich untrennbares Ganze anzusehen sei. Dem Beklagten dürfe ohnedies nicht zugemuthet werden, aus jedem der Waggons den in der Vermischung mit verdorbenen Kalbsköpfen enthaltenen Theil vertragsmäßiger Waare auszusortiren. Die Waare, vom Knochengerüste abgelöste Fleischtheile von Kalbsköpfen, war waggonweise zu dem Preise von 12,50 ℳ per 100 Kilo bestellt, so daß sich der Preis der Sendung nach dem Abzuge der Tara gemäß dem Netto gewicht berechnete. Da der Beklagte zum Zwecke der Gelatinebereitung fäulnißfreie Waare bedungen hatte, bei aufeinandergelagerten organischen Stoffen die äußerlich wahrnehmbare Zersetzung eines Theiles aber keineswegs die Grenze des Fäulnißprozesses bezeichnet, die Ausscheidung der etwa noch gesunden Theile somit ein umständliches, zeitraubendes Verfahren erfordert hätte, so erscheint sowohl die Annahme der Untheilbarkeit, als auch die Annahme gerechtfertigt, daß die Ausscheidung der Klägerin obgelegen hätte. (Vergl. Entscheidung des Reichsgerichts, I. Civil-Senats, vom 25. Novbr. 1896; Juristische Wochenschrift 1897 S. 13 Nr. 35.)

Die Mängelanzeige ist nicht von der Untersuchung der Waare bedingt, sie kann aber auf die Untersuchung gestützt werden. Soll sie auf Grund der Untersuchung erfolgen, so muß dem Käufer die zur Untersuchung erforderliche Zeit gewährt werden; anderseits darf die Untersuchung auch nicht verzögert werden. Die Mängelanzeige darf also nicht früher gefordert werden, als sie auf Grund der ohne Verzug vorgenommenen Untersuchung erfolgen kann, die Untersuchung selbst darf aber auch nicht zu einer durch den ordnungsmäßigen Geschäftsgang nicht veranlaßten Verzögerung der Anzeige benutzt werden. Reichs-Oberhand.-Ger.-Entsch. Bd. 13 S. 9; Staub, Handelsgesetzbuch, 3. u. 4. Aufl. S. 859 § 25.

Das Berufungsgericht führt nun allerdings aus, in Anbetracht des Umstandes, „daß es sich um eine Durchsuchung eines mit 200 Ctr. Leimleder be-

ladenen Eisenbahnwaggons handle, was zweifellos mit vieler Mühe und Zeit verbunden sei," habe es für die Untersuchung eine Zeitdauer von fünf Tagen für entsprechend erachtet. Daß aber in der That eine Frist von fünf Tagen zur Untersuchung erforderlich gewesen, ist nicht dargethan. Die Annahme des Erfordernisses von fünf Tagen steht mindestens anscheinend im Widerspruch mit der Darstellung des Zeugen H., selbst wenn man annimmt, daß erst die weitere durch Stichproben gemachte Untersuchung der Waare ein sicheres Urtheil über deren Beschaffenheit ermöglicht habe. Denn nach dieser Darstellung wäre seine Untersuchung, die Verständigung des Beklagten S. und die weitere Untersuchung in dessen Gegenwart in unmittelbarer Zeitfolge vorgenommen worden. Hiernach wäre kein Grund ersichtlich, der eine Verzögerung der Mängelanzeige um mehrere Tage zu rechtfertigen vermöchte. Die Vorschrift der sofortigen Anzeige schließt den Verzug, d. h. schuldhafte Versäumniß aus; der Verzug ist aber individuell, d. h. nach der konkreten Sachlage, nicht nach allgemeinen, der Beschaffenheit der Sendung entnommenen Erwägungen zu beurtheilen. Gegenüber der Darstellung des Zeugen H. erscheint somit die Annahme der Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige hinsichtlich der ersten Sendung nicht ausreichend begründet.

Hinsichtlich der zweiten Sendung hat die Klägerin ferner geltend gemacht, der Beklagte habe eigenmächtig über dieselbe verfügt, indem er sie ohne Erlaubniß der Klägerin versteigert habe. Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte habe sie, nachdem er sie zur Verfügung gestellt, zu sich in Verwahrung genommen und später zur Abwendung weiteren Schadens verkauft. Der Beklagte habe im Interesse der Klägerin nur gethan, wozu er nach Art. 348 Abs. 1 des H.G.B.'s verpflichtet und nach Absatz 5 überdies berechtigt gewesen sei. Die behauptete Nichteinwilligung der Klägerin oder „eine andere Nichteinhaltung einer vom Beklagten nach Art. 343 des H.G.B.'s zu beobachtenden Förmlichkeit" sei für die Entscheidung dieses Prozesses, in dem es sich um die Frage handle, ob der Beklagte zur Bezahlung der Kaufpreise für die zwei Sendungen Leimleder verpflichtet sei, völlig belanglos.

In welcher Weise der Verkauf erfolgte, ob er insbesondere den Formen des Art 343 des H.G.B.'s entsprach oder, wie anzunehmen, unter Verletzung derselben vollzogen wurde, ist nicht festgestellt. Gemäß Art. 348 des H.G.B.'s hatte der Beklagte für die einstweilige Aufbewahrung der beanstandeten Waare zu sorgen. Diese Verwahrungspflicht dauert aber nicht länger, als bis der Verkäufer durch die Benachrichtigung von der Sachlage in die Lage versetzt ist, anderweit über die Waare zu verfügen. Die Veräußerung der beanstandeten Waare kann als Nothverkauf oder als nützliche Geschäftsführung in Betracht kommen. Auch der Nothverkauf muß gemäß Art. 348 in den Formen des Art. 343 erfolgen. Sind weder die Voraussetzungen des Nothverkaufs, noch der nützlichen Geschäftsführung gegeben, oder ist der Nothverkauf nicht in den vorgeschriebenen Formen erfolgt, so gilt der Verkauf als eigenmächtige und unberechtigte Verfügung über

die beanstandete Waare. Im Falle der Dispositionsstellung ist aber als regelmäßige Folge solcher Eigenmächtigkeit eine jeden Anspruch wegen Mängel der Waare ausschließende Genehmigung derselben anzunehmen. (Entsch. des R.G.'s Bd. 17 S. 68; Staub, a. a. O. zu Art. 348 § 9 Abs. 2 und § 10; Puchelt-Foertsch, Komm. zum H.G.B. II. Bd. Nr. 15 S. 1006 und 1007).

Nothverkauf setzt voraus, daß die Waare dem Verderben ausgesetzt und Gefahr im Verzuge ist. Der Umstand, daß der Verkäufer keine Verfügung getroffen hat, gewährt das Verkaufsrecht noch nicht (Staub, a. a. O. § 9). Mit der bloßen Feststellung, der Beklagte habe im Interesse der Klägerin gehandelt, ohne irgend welche Prüfung der wirklichen Sachlage, der Absichten des Verkäufers, der Verkaufsgelegenheit, des Ergebnisses 2c., sind die Voraussetzungen der nützlichen Geschäftsführung nicht dargethan.

Die Entscheidung beruht aber in dieser Beziehung insofern auf einem entschiedenen Rechtsirrthum, als das Berufungsgericht die Thatsache des Verkaufs als für die Entscheidung über den Klageanspruch belanglos erklärt.

Hiernach war das Berufungsurtheil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Entlassung eines Handlungsgehilfen des Gemeinschuldners wegen vor der Konkurseröffnung liegender Verfehlungen. Entlassung für einen späteren Zeitpunkt statt der sofortigen Entlassung.

R.G. I. Civ.S. Urth. v. 26. Juni 1897. I. 78/97.

Der Kläger hatte mit dem Kaufmann Albert L. einen Vertrag abgeschlossen, durch den er die Oberleitung des L.'schen Geschäfts gegen eine Vergütung von 6000 ℳ jährlich für die Zeit vom 1. Juli 1893 an bis zum 1. Juli 1898 übernommen hatte. Am 19. Dezember 1894 wurde über das Vermögen des L. Konkurs eröffnet; der Konkursverwalter kündigte durch Schreiben vom 11. Febr. 1895 dem Kläger dessen Stellung im L.'schen Geschäfte unter Bezugnahme auf § 19 der Konk.-O. und Art. 61 des H.G.B.'s zum 1. April 1895 auf. In Folge dessen meldete der Kläger im Konkurse seine „eventuellen Ansprüche" aus dem Vertrage für die noch laufende Kontraktszeit unter Vorbehalt einer weiteren Entschädigungsklage an, die Forderung wurde aber für die Zeit vom 1. April 1895 bis 30. Juni 1898 vom Verwalter bestritten.

Das Landgericht zu Potsdam erachtete die vom Kläger angestellte Klage für an sich begründet, die Einwendungen*) dagegen nicht für durchgreifend, weil in

*) Der Beklagte wendete ein, daß Kläger seine Pflichten vor und nach Ausbruch des Konkurses gröblich verletzt, insbesondere für eine ordnungsgemäße Buchführung zu sorgen unterlassen habe.

dem Schreiben des Konkursverwalters vom 11. Februar 1895 nur die in Folge der Konkurseröffnung zulässige Kündigung, nicht aber eine Entlassung ausgesprochen, auch die in der Zeit nach der Konkurseröffnung angeblich vorgekommenen Pflichtwidrigkeiten des Klägers als ein für die Entlassung zureichender Grund nicht anzusehen seien. Ob der Konkursverwalter überhaupt berechtigt gewesen sein würde, wegen der vor jenem Zeitpunkte liegenden Verfehlungen eine Entlassung vorzunehmen, ließ der erste Richter dahingestellt. Dagegen wurde die Klage vom Kammergerichte Berlin abgewiesen und diese Entscheidung vom Reichsgerichte aus den nachstehenden Gründen bestätigt.

Der Berufungsrichter versteht das Schreiben des Konkursverwalters vom 24. Januar 1895**) im Sinne einer in die schonende Form einer Kündigung gekleideten Entlassung des Klägers mit Fortbezug des Gehalts desselben bis zum 1. April 1895. Ob diese Auffassung dem Wortlaute des Schreibens gegenüber möglich ist, und ob das vom Berufungsrichter nicht ausdrücklich berücksichtigte spätere und endgültige Schreiben des Konkursverwalters vom 11. Februar 1895, durch welches dem Kläger unter Bezugnahme auf § 19 der Konk.Ord. und Art. 61 des H.G.B.'s zum 1. April 1895 gekündigt ist, die gleiche Auslegung gestatten würde, kann jedoch dahingestellt bleiben, weil, auch wenn der Standpunkt des Berufungsrichters auf eine Gesetzesverletzung zurückzuführen sein sollte, die Entscheidung auf diesem nicht beruhen würde. Einer auf die Kündigung gestützten Entschädigungsklage gegenüber besteht die Befugniß, die einseitige Aufhebung des Dienstverhältnisses, wie sie in der Kündigung liegt und wie sie hier, wenn auch mit Hinweis auf die erwähnten Gesetzesstellen, so doch schlechthin und ohne Einschränkung auf den bestimmten Tag ausgesprochen ist, auch mit der Behauptung eines aus Art. 62 des H.G.B.'s hergeleiteten Rechts auf sofortige Entlassung zu rechtfertigen. Insoweit zeigt dieses Recht sich noch als wirksam. Der Handlungsgehülfe hat durch die Kündigung für die Zeit vom bestimmten Endtermine an nicht etwa eine Rechtsbasis gewonnen, vermöge deren seiner Entschädigungsklage mit der Geltendmachung eines auf Art. 62 des H.G.B.'s gestützten Rechts nur dann begegnet werden könnte, wenn, wie die Revision ausführt, die Kündigung gleichzeitig wegen Nichtkenntniß jenes Rechts kondicirt würde. — Will Kläger Aufhebung des Entlassungsrechts durch eine ihm gewährte Verzeihung geltend machen, so liegt ihm der Beweis ob. Dieser hat sich, da die Verzeihung nicht durch eine ausdrückliche Erklärung geschehen, sondern den beiden oben erwähnten Schreiben entnommen werden soll, auch auf die Thatsache zu erstrecken, daß bei Erlaß jener Schreiben die Pflichtverletzungen des Klägers dem Konkursverwalter bekannt gewesen sind. Die Annahme des Berufungsrichters nun, daß weder die Lage der Sache diese Kenntniß ergiebt, noch daß ein weiterer Beweis für dieselbe angetreten ist, läßt sich auf eine Rechtsverletzung nicht zurückführen, insbesondere trifft den

**) Bereits in diesem Schreiben hatte der Konkursverwalter dem Beklagten gekündigt.

Berufungsrichter der Vorwurf nicht, erhebliche Momente außer Betracht gelassen zu haben. Daß dem Konkursverwalter überhaupt Verfehlungen des Klägers bekannt gewesen sind, ist nicht von entscheidender Bedeutung, sondern es kommt darauf an, ob er von denjenigen Pflichtverletzungen, aus denen er gegenwärtig das Recht der Entlassung herleitet und im Hinblick auf welche dieses vom Berufungsrichter als begründet anerkannt ist, Kenntniß gehabt hat oder nicht.

Zutreffend nimmt der Berufungsrichter an, daß das Recht des Konkursverwalters, Pflichtvernachlässigungen des Klägers geltend zu machen, auch die schon vor der Konkurseröffnung begangenen einbegreift, und zwar folgt dies schon aus der im § 5 der Konk.Ord. dem Konkursverwalter gewiesenen Stellung. Indem der Verwalter das gemäß Art. 62 des H.G.B.'s mit dem Dienstvertrage verbundene Recht der Entlassung ausübt und auf diese Weise das bestehende Rechtsverhältniß auflöst, nimmt er eine Handlung vor, durch welche das zur Masse gehörige Vermögen verwaltet und durch welche über dasselbe verfügt wird; ob der Grund zur Entlassung in der Zeit vor oder nach der Konkurseröffnung entstanden ist, ändert an der Rechtslage nichts.

Die Feststellung der einzelnen Pflichtwidrigkeiten beruht auf thatsächlichen, durch einen Rechtsirrthum nicht beeinflußten Erwägungen. Ihre Erheblichkeit ist vom Berufungsrichter in Bethätigung des durch Art. 62 Abs. 2 des H.G.B.'s angeordneten richterlichen Ermessens angenommen. rc.

Urheberbenennung; Anwendbarkeit der Vorschrift in § 73 der C.P.O. auf die Klage wegen Beschränkung fremden Eigenthums oder auf Anerkennung einer Dienstbarkeit. Materielle oder prozessuale Natur der Vorschriften in §§ 324, 534 des B.G.B.'s?

Urtheil des O.L.G.'s Dresden vom 13. Juli 1897. O. V. 38/97.

Der Kläger klagt, als Besitzer des — in der Oberlausitz gelegenen — Rittergutes N. und unter Bezugnahme auf das den Gutsherrschaften als solchen in den zum ehemaligen Markgrafenthume Oberlausitz gehörenden Landestheilen an den fließenden Gewässern regelmäßig zustehende Fischereirecht, gegen den Beklagten P. als Besitzer mehrerer am N.er Dorfbache anliegender Flurparzellen und gegen den Mitbeklagten J., den Schwiegervater und Vorbesitzer P.'s, auf Anerkennung des von ihm beanspruchten Fischereirechtes an der, von den Parzellen P.'s und von zwei anderen, hier nicht weiter in Betracht kommenden Flurstücken begrenzten Strecke des N.er Dorfbachs, sowie auf Androhung einer Strafe für jeden Zuwiderhandlungsfall.

Es hatten nämlich unbestritten, als am 25. Mai 1895 der Kläger durch mehrere Personen den Bach in der betreffenden Strecke hatte fischen lassen wollen, P. und der ihn begleitende Mitbeklagte J. die bereits mit Netzen ins Wasser

gestiegenen Leute des Klägers am Fischen gehindert und ihnen ein Fischnetz abgepfändet.

Der **Beklagte** P. hat in der Vorinstanz um Klagabweisung gebeten, der **Mitbeklagte** J. aber in der ersten mündlichen Verhandlung den schon zuvor dem Kläger zugestellten Antrag verlesen, ihn von der Klage zu entbinden.

Wie in der letzteren Beziehung im Thatbestande des erstinstanzlichen Urtheils weiter festgestellt worden ist, hat J., seitdem er im Jahre 1892 aufgehört hat, Eigenthümer der jetzt P.'n gehörigen Parzellen zu sein, für sich keinerlei Fischereirecht im Dorfbache in Anspruch genommen, und nur geltend gemacht, daß er, als er am 25. Mai 1895 gemeinsam mit P. den Leuten des Klägers das Fischen untersagt und sie zu pfänden, geholfen habe, „nur im Namen und auf Geheiß P.'s gehandelt habe", da dieser allein der Mehrzahl von Fischenden nicht habe entgegentreten können. Nach den ferneren erstinstanzlichen Feststellungen hat der Kläger, „ohne diese Thatsachen zu bestreiten", aus Rechtsgründen einer „nominatio auctoris" widersprochen, der Beklagte P. aber die Behauptungen J.'s als richtig anerkannt und erklärt, daß er den Prozeß an dessen Stelle übernehme.

Durch das erstinstanzliche Urtheil ist der Beklagte J. von der Klage entbunden und ist dabei bestimmt worden, daß die ihm gegenüber erwachsenen besonderen Kosten des Rechtsstreites vom Kläger zu tragen seien. Die Vorderrichter halten eine analoge Anwendung der Vorschriften in den §§ 534 des B.G.B.'s und 73 der C.P.O. und zwar in der ersteren Beziehung auf einen Fall der Geltendmachung eines **Fischereirechtes** und nach der anderen Hinsicht auf die Fälle der **Negatorien-** und der **Confessorienklage** für zulässig und zutreffend und beziehen sich hierfür und für die sonstige prozessualische Behandlung des Streitfalles auf die in **Wengler's** Archiv, Jahrgang 1890, S. 585 flg. und in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 22 S. 393 flg. abgedruckten Urtheile. Auch verweist die Vorinstanz bezüglich der Entscheidung über den Kostenpunkt auf die Bestimmung in § 87 der C.P.O. und auf die Ausführungen einiger Commentatoren der C.P.O. zu § 73 der letzteren.

Ein vom Kläger rechtzeitig gestellter Antrag, den Thatbestand dahin zu berichtigen, daß er die Behauptung J.'s, „er habe nur im Namen und auf Geheiß P.s gehandelt", nicht nur nicht zugestanden, vielmehr ausdrücklich bestritten habe, ist von den Vorderrichtern durch Beschluß als ungerechtfertigt und als aus sachlichen Gründen einflußlos abgelehnt worden.

Kläger hat Berufung eingewendet und er beantragt, auch den Beklagten J. dem Klagantrage gemäß zu verurtheilen.

Der **Beklagte** J. beantragt Zurückweisung der Berufung.

Die Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden Gründen:

Für die hier allein zu entscheidende Frage, ob der Mitbeklagte J. in Uebereinstimmung mit der erstinstanzlichen Entscheidung von der auf Anerkennung eines Fischereirechtes des Klägers, sowie auf dementsprechende Strafandrohung gerichteten

Klage zu entbinden sei, kann es zur Zeit dahin gestellt bleiben, ob die vorliegende Klage als Klage wegen Beschränkung fremden Eigenthums oder als Klage auf Anerkennung einer Dienstbarkeit anzusehen ist und ob also die Beweislast bezüglich des Fischereirechts den Kläger oder den Beklagten trifft. Denn es kann sowohl nach § 324 des B.G.B.'s die erstgenannte Klage von demjenigen, der im Namen eines Anderen fremdes Eigenthum thatsächlich beschränkt, als auch nach § 534 desselben Gesetzbuches die an zweiter Stelle bezeichnete Klage auch von demjenigen, der die Dienstbarkeit durch Ausübung eines Rechtes im Namen eines Dritten gestört hat, von sich abgewendet werden, wenn der betreffende Beklagte ersterenfalls „den Anderen", letzterenfalls denjenigen, für den er das Recht ausgeübt hat, benennt und wenn in beiden Fällen der Benannte den Rechtsstreit an Stelle des zunächst Verklagten übernimmt. Diese Voraussetzungen treffen — vorläufig rein äußerlich betrachtet — auch im vorliegenden Falle insofern zu, als der Mitbeklagte J. sich darauf berufen hat, daß er bei dem vom Kläger zur Klagebegründung herangezogenen Vorfalle vom 25. Mai 1895, indem er gemeinsam mit seinem Schwiegersohne P. die Leute des Klägers am Fischen hinderte und sie zu pfänden half, „nur im Namen und auf Geheiß P.'s gehandelt" habe, und als der Beklagte P. dies als richtig anerkannt und die Uebernahme des Prozesses an J.'s Stelle erklärt hat.

Die Vorderrichter erblicken in diesem prozessualen Verhalten der beiden Beklagten eine Urheberbenennung seiten J.'s und eine Prozeßübernahme seiten P.'s, auf welche sie die Vorschriften des § 73 der C.P.O. unter Bezugnahme auf das bereits oben angezogene Urtheil des Landgerichts zu Plauen,

zu vergleichen: Wengler's Archiv, Jahrgang 1890, S. 586 flg.,

für wenigstens analog anwendbar erachten. Eine solche, sei es unmittelbare oder auch nur übertragene Anwendbarkeit von § 73 der C.P.O. auf einen Fall der Klage wegen Beschränkung fremden Eigenthums oder der Klage auf Anerkennung einer Dienstbarkeit, hält das Berufungsgericht für nicht unbedenklich.

Zwar hält noch Siebenhaar

zu vergleichen: dessen Commentar zur C.P.O. zu § 73 Note*), Absatz 3, S. 124

ein Verfahren in Gemäßheit des § 73 gegenüber der erstgenannten Klage sogar in dem Falle nicht nur für zulässig, sondern auch für geboten, wenn z. B. der Dienstknecht eines Grundstücksbesitzers über ein fremdes Grundstück gefahren ist, der Besitzer des letzteren hierin eine Störung seines Eigenthums findet und wider den Dienstknecht „negatorie" klagt, und dieser sich darauf bezieht, daß sein Dienstherr die Fahrwegsgerechtigkeit über das Grundstück des Klägers habe.

Ebenso hält Rumpelt in seiner Abhandlung „zur Lehre von der Urheberbenennung"

zu vergleichen: Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 46 S. 12

im Anschlusse an die obige Ausführung Siebenhaar's dafür, daß bezüglich der prozessualen Behandlung der Fälle von §§ 324 und 534 des B.G.B.'s die Bestimmung in § 73 der C.P.O. auch auf diese Fälle Anwendung zu leiden haben werde.

Auch neigt sich Mandry

zu vergleichen: denselben, der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze § 30 bei und in Note 13, S. 323 der 3. Auflage

— dieser allerdings unter Heranziehung der württembergischen Prozeßordnung von 1868 — zu der Annahme, daß auch nach Reichsrecht für die Beantwortung der Frage, ob Klagen, die sich gegen Jemanden wenden, der ein jus in re in fremdem Namen auszuüben behauptet, auch zu den Fällen des § 73 der C.P.O. zu zählen seien, „die Analogie wohl nicht ausgeschlossen sei".

Allein die sämmtlichen sonstigen hervorragenden Commentatoren der C.P.O., vor Allem Gaupp

zu vergleichen: dessen C.P.O. zu § 73 unter II, 1 bei Note 2), S. 199 der 3. Auflage

lassen die blose Ausübung eines Rechts in fremden Namen für die Anwendbarkeit des § 73 der C.P.O. **nicht** genügen. Nicht soll damit gesagt sein, daß die Urheberbenennung bei den auf Beseitigung einer Eigenthumsbeschränkung oder auf Anerkennung einer Dienstbarkeit gerichteten Klagen überhaupt nicht möglich sei. Eine solche Annahme wäre unzutreffend und würde auch dem Geiste des Gesetzgebers schon nach der Begründung des Entwurfs der C.P.O. widersprechen, in der

zu vergleichen: die angezogenen Mot. S. 92 und S. 93 bei Hahn, die gesammten Materialien zur C.P.O., 1. Abtheilung S. 182

ausdrücklich die „Nomination" jedem Beklagten, welcher als Besitzer (Detentor) einer beweglichen oder unbeweglichen Sache belangt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, gestattet und dabei hinzugefügt wird, daß die Urheberbenennung also nicht nur bei den dinglichen und diesen gleichgestellten Klagen stattfinde, sondern auch bei allen Klagen, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können, zulässig, insoweit daher auch bei „confessorischen und negatorischen Klagen" möglich sei. Die angezogenen Motive verweisen a. a. O. dazu auf die nordd. Prot. I S. 171/173. Es würde daher die Urheberbenennung zwar nicht bei Kontrakts- oder Deliktsklagen im Falle eines behaupteten Auftragverhältnisses,

zu vergleichen: Struckmann und Koch C.P.O. zu § 73 unter 1), Abs. 2, S. 91 der 6. Auflage; auch von Wilmowski und Levy, C.P.O. zu § 73 unter 1, Abs. 2, S. 142 der 7. Auflage,

wohl aber z. B. dann zulässig sein, wenn der Nießbraucher oder der Superficiar

oder ein anderer Besitzer eines Gebäudes in seiner Eigenschaft als solcher „negatorisch" belangt wird.

Zu vergleichen: Krug in seiner Abhandlung „die Urheberbenennung" in Busch's (Schultzenstein und Vierhaus') Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 20, S. 338 in Anm. 77.

Denn § 73 der C.P.O. setzt nach seinem Wortlaute voraus, daß der Beklagte, der zur Benennung eines Dritten berechtigt sein will, gerade als Besitzer einer Sache und zwar derjenigen Sache verklagt sein muß, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet.

Ob dabei im Sinne des Gesetzgebers besonderer Ton auch gerade auf den Besitz einer Sache zu legen ist oder ob es für die Berechtigung zur Urheberbenennung genügt, wenn „die Ausübung eines jus in re" wenigstens „die Manifestation eines eigenen Besitzwillens" auf Seiten des Beklagten, der „Ausfluß eines dem Sachbesitze in fremdem Namen analogen Rechtsbesitzes" ist, kann zweifelhaft erscheinen. Allerdings räumt Krug

zu vergl. denselben a. a. O. S. 341, 342

das Recht zur Benennung des Urhebers sogar z. B. dem Pächter einer Fischereigerechtigkeit ein, welcher aus seinem Pachtvertrage ein Recht zur Ausübung des Fischfanges, also zur Vornahme von „Quasi-Besitzhandlungen" herleitet und welcher als Besitzer eines Rechts, das er in fremdem Namen zu besitzen behauptet, belangt ist, während derselbe Schriftsteller a. a. O. S. 342, 343 die Urheberbenennung z. B. dann für unzulässig hält, falls die Klage gegen einen Knecht gerichtet wird, der nur als Bediensteter seines Herrn auf dessen Geheiß die von Letzterem in Anspruch genommene Fischereigerechtigkeit ausübt. Wenn Krug im letzteren Beispiele die Benennung versagt, weil er eine Ausdehnung des Instituts der Urheberbenennung auf die Fälle entschieden zurückweist, in denen weder Sachbesitz noch Rechtsbesitz auf Seiten des Beklagten vorliegt, so wird man dem zustimmen und nur darüber zweifeln können, ob nicht Krug in der Ausdehnung des bezeichneten Instituts schon zuweit geht, wenn er, womit allerdings auch Seuffert

zu vergl. dessen Kommentar zur C.P.O. zu § 73 unter 2, a. E. S. 117, der 7. Aufl.

übereinstimmt, die Urheberbenennung auch noch bei bloßem Rechtsbesitz zuläßt. Beigetreten aber kann ihm (s. a. a. O., S. 344) auf alle Fälle darin werden, daß es demjenigen Beklagten an der „passiven Sachlegitimation" fehlt, der mit der Klage wegen Beschränkung fremden Eigenthums belangt wird, obgleich er ohne eigene Rechtsanmaßung lediglich im Dienste eines Anderen „ein jus in re" ausübt. Ein solcher Beklagter hat daher nicht nöthig, seinen Urheber zu benennen.

Daß der Gesetzgeber bei der Zulassung der Urheberbenennung im Falle des § 73 C.P.O., entgegen der im oben angezogenen Urtheile des Landgerichts zu Plauen und im angefochtenen Urtheile vertretenen Auffassung, einer ausdehnenden

Auslegung dieser Vorschrift abhold gewesen ist, ergiebt sich übrigens aus dem weiteren Inhalt der bereits oben

siehe Hahn a. a. O. S. 182

angezogenen Motive, in denen zwar für einen anderen hier nicht weiter in Betracht kommenden Fall die Zulässigkeit der Ausdehnung verneint, gleichzeitig aber auch überhaupt eine zuweite Ausdehnung des Instituts theils für entbehrlich, theils für bedenklich erklärt wird.

Im Gegentheile, daß die Befugniß des beklagten Inhabers zur Nennung seines Gewährsmannes in § 73 C.P.O. recht eigentlich nur für den „Vindikationsprozeß" bestimmt ist, ergiebt sich auch aus den Motiven zu § 944 des I. Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich,

zu vergl.: dieselben in der amtl. Ausgabe, Bd. III, S. 428, zu § 944 unter 2,

woselbst zur Rechtfertigung der Vorschrift in § 944 des I. Entwurfs, wonach die entsprechende Anwendung der im § 73 C.P.O. enthaltenen Vorschriften auf die Klage wegen Beschränkung fremden Eigenthums für zulässig erklärt werden sollte, wörtlich ausgeführt wird:

„Es würde mindestens sehr zweifelhaft sein, ob in Ermangelung einer besonderen Bestimmung auch im Falle der Negatorienklage eine ähnliche laudatio auctoris zulässig ist. Das sächsische G.B. § 324 bestimmt die analoge Zulässigkeit."

Dies wird dann im folgenden Absatze der Motive näher ausgeführt.

Der § 944 des I. Entwurfes hat nun nicht einmal Aufnahme im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche gefunden. Es erklärt sich dies daraus, daß bei der zweiten Lesung des Entwurfes beschlossen worden ist, ihn als § 73a in die C.P.O. aufzunehmen

zu vergl.: dazu Grützmann's Bericht im Sächsischen Archiv, Bd. 5 (1895) S. 778,

und dieser § 73a der C.P.O. soll, neben einer dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche selbst entsprechenden etwas veränderten Wortfassung des § 73 C.P.O., nach der Anlage II. zur sog. Denkschrift

zu vergl.: diese in der Heymann'schen Ausgabe, S. 458 der 2. Aufl.,

folgenden Wortlaut erhalten:

§ 73a. „Die Vorschriften des § 73 finden entsprechende Anwendung, wenn Jemand von dem Eigenthümer einer Sache wegen einer Beeinträchtigung des Eigenthums verklagt ist, die er in Ausübung des Rechtes eines Dritten vorgenommen zu haben behauptet."

Ist nun auch nach dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung bisher eine die bezeichneten Abänderungen enthaltende Novelle zur C.P.O. weder bereits zum Gesetze erhoben, noch auch nur dem Reichstage als Entwurf vorgelegt, so ersicht man doch aus den vorstehenden Zeugnissen der gesetzgebenden Körperschaften, daß es der

Gesetzgeber als eine Lücke in der C.P.O. empfindet, daß eine Ausdehnung der Vorschrift in § 73 C.P.O. vom Falle des „Vindikationsprozesses“ auf die „Negatorienklage“ — und der letzteren steht insoweit die sog. „Konfessorienklage“ gleich — nach dem derzeitigen Stande der Gesetzgebung „mindestens sehr zweifelhaft“ ist.

Aus den vorstehend entwickelten Gründen hält das Berufungsgericht die Zulässigkeit einer Urheberbenennung im vorliegenden Falle, soweit diese lediglich aus § 73 C.P.O. herzuleiten versucht worden ist, für ausgeschlossen. Denn der Mitbeklagte J. ist nicht als dermaliger Besitzer von, am N.er Dorfbache anliegenden Flurparzellen verklagt — er war zwar der Vorbesitzer des Beklagten P. im Eigenthum an solchen Grundstückstheilen, hatte das Eigenthum an den letzteren aber schon im Jahre 1892, also längst vor der in Betracht kommenden Störungshandlung vom 25. Mai 1895 und also auch vor der erst in der Folgezeit eingetretenen Rechtshängigkeit des vorliegenden Prozesses, an P. veräußert —, er hat sich auch an der bezeichneten Störungshandlung zwar nicht als bloßer Beauftragter P.'s, immerhin nur als dessen Gehilfe betheiligt, der — wie bereits im Thatbestande festgestellt ist — „nur im Namen und auf Geheiß P.'s gehandelt“ hat.

Allein mit der Verneinung der Frage, ob dem Mitbeklagten J. die Vorschrift in § 73 C.P.O. zur Seite stehe, ist nur die prozessuale Seite seiner Rechtsvertheidigung nach der angegebenen Richtung erschöpft. Es erübrigt noch die Beantwortung der weiteren Frage, ob das vom Mitbeklagten J. beanspruchte Recht auf Entbindung von der Klage nicht wenigstens aus materiell-rechtlichen Erwägungen gerechtfertigt erscheint, und diese Frage wird vom Berufungsgerichte bejaht.

In dieser Beziehung kommt es im Wesentlichen auf die Stellungnahme zu der weiteren Frage an, ob die Vorschriften in den §§ 324 und 534 B.G.B.'s als Bestimmungen rein prozessualischen Inhalts oder als solche blos materiellrechtlichen Gepräges oder als solche gemischten Charakters anzusehen sind.

Wären die angezogenen §§ nur als prozeßrechtliche Vorschriften der Landesgesetze aufzufassen, so wären sie nach § 14 des Einführungsgesetzes zur C.P.O. als außer Kraft getreten anzusehen. Die gleiche Folge müßte ihre Beurtheilung als Bestimmungen gemischten Charakters nach sich ziehen, soweit sie darnach prozeßrechtliche Vorschriften mit enthielten.

Für die Auslegung, daß das Erstere oder wenigstens das Letztere zuträfe, ließe sich die Meinung Hoffmann's

zu vergl.: dessen Ausgabe des B.G.B.'s für das Königreich Sachsen zu § 324, S. 158 und zu § 534, S. 253, sowie Nachtrag, S. 56 und S. 91,

heranziehen, welcher unter Verweisung auf § 73 C.P.O. dafür hält, daß eine Urheberbenennung sowohl gegenüber der „actio negatoria“ als auch bei der „actio confessoria“ nicht mehr statt habe.

Auch meint Francke

zu vergl. dessen Sammelwerk, die Gesetzgebung des Königreichs Sachsen ꝛc. Bd. 2, S. 448, Note 4, zu § 324, vergl. auch S. 465, Note 2, zu § 534 B.G.B.'s,

daß nach § 73 C.P.O. die Urheberbenennung auf die Fälle der § 320 gedachten Art beschränkt sei und daß daher für die Fälle des § 324 sowie des § 534 an deren Stelle die Streitverkündung zu erfolgen haben werde.

Endlich ließe sich für die nämliche Auffassung ein Vergleich der Bestimmungen in den §§ 324 und 534 mit derjenigen in § 320 insofern verwerthen, als nicht nur alle drei Paragraphen je am Schlusse der Bestimmungen über die Eigenthums-, die „Negatorien-“ und die sog. Konfessorienklage angefügt sind, sondern auch die §§ 324 und 534 inhaltlich für die beiden letzteren Klagen im Wesentlichen die gleiche Bestimmung treffen, die für die Eigenthumsklage früher in § 320 B.G.B.'s getroffen war und nunmehr in § 73 C.P.O. gegeben wird.

Gleichwohl hat sich das Berufungsgericht in Uebereinstimmung mit der von Rumpelt

zu vergl. denselben a. a. O. S. 12

vertretenen Auffassung für die Auslegung entschieden, daß die Bestimmungen in §§ 324 und 534 B.G.B.'s, wenn nicht ausschließlich, so doch vorwiegend auch materiell-rechtlichen Inhalts sind und mindestens insoweit durch § 14 E.G. z. C.P.O., durch § 73 C.P.O. selbst oder durch andre Prozeßgesetze nicht berührt werden.

Zunächst sind jene Paragraphen, rein äußerlich genommen, nicht in einem landesrechtlichen Prozeßgesetze, weder in der Alten Prozeßordnung noch in der Erläuterten Prozeßordnung, noch in einer der zahlreichen, vor dem Inkrafttreten der C.P.O. für das Deutsche Reich erschienenen Prozeßnovellen, sondern eben im B.G.B. selbst enthalten. Es spricht daher die Vermuthung dafür, daß der sächsische Gesetzgeber damit materielles Civilrecht hat aussprechen wollen.

Sodann aber gebraucht der sächsische Gesetzgeber den Ausdruck „Abwendung einer Klage“, wie sich z. B. aus einer Vergleichung der §§ 324 und 323 mit einander ergiebt, nicht blos von einer prozessualischen Gestaltung des Falles, in dem eine Benennung des Urhebers sammt den daraus nach der damaligen landesrechtlichen Prozeßgesetzgebung sich ergebenden Folgen angezeigt ist, sondern überhaupt von Fällen, in denen nach dem Sprachgebrauche der C.P.O. auf „Abweisung der Klage“ erkannt zu werden pflegt.

Vor Allem aber — und dies erscheint im obigen Sinne ausschlaggebend — verfolgt der Gesetzgeber mit der Aufnahme der §§ 324 und 534 in das B.G.B., wie sich aus dem Inhalte dieser Bestimmungen ergiebt, in der That die Absicht, dem wegen Beschränkung fremden Eigenthums oder auf Anerkennung einer Dienstbarkeit belangten Beklagten unter den im Gesetze angezogenen Voraussetzungen das Recht auf Abwendung der Klage als materielles Recht zuzugestehen. Daß er da-

bei gleichzeitig die prozessualische Form der Geltendmachung dieses Rechtes in der zur Zeit der Erlassung des B.G.B.'s für das Königreich Sachsen gebräuchlichen Weise mit erwähnt, kann nicht befremden. Diese Form erscheint dabei aber nicht als die Hauptsache und wird nur nebenbei mit gestreift. Das Wesentliche liegt im Hauptsatze: Wer . . ., kann . . . die . . . Klage . . . von sich abwenden. Dieser Satz bildet den Kern der Vorschrift und es kann für die gegenwärtige Entscheidung dahingestellt bleiben, ob dem Beklagten damit eine Einrede oder ein Vertheidigungsmittel besonderer Art eingeräumt wird. Krug

siehe denselben a. a. O. S 319 bei Note 30, und S. 324 bei Note 37 verwirft die Annahme, daß es sich insoweit um eine Einrede handele, und nimmt an, daß die Urheberbenennung ein „eigenartiges Prozeßinstitut" sei.

Geht man von dieser Beurtheilung der Vorschriften in den §§ 324 und 534 B.G.B. aus, daß sie also dem materiellen Rechte angehören und daher allein deshalb, weil die Prozeßordnung sie „ignorirt", nicht als aufgehoben gelten können, so kann es auch nicht zweifelhaft erscheinen, daß dem Mitbeklagten J. vorliegenden Falls das Recht zukommt, nicht länger auf die Klage des Klägers mit dem Prozesse befaßt zu bleiben. Denn nach dem bereits oben festgestellten Sachverhalte hat er eben „nur im Namen und auf Geheiß P.'s gehandelt", also kein eigenes Fischereirecht in Anspruch genommen. Dazu fehlt es auch nicht an der Voraussetzung, daß der von ihm als Urheber benannte P. die Uebernahme des Streits an seiner Stelle erklärt hat, soweit dies noch jetzt als erforderlich erscheinen sollte. J. hat demnach aus materiell-rechtlichen Gründen das Recht auf „Abwendung der Klage", und es erscheint im Endergebnisse unwesentlich, ob die Abwendung der Klage in die prozessualische Form der Klagabweisung oder in die von der Vorinstanz gewählte, allerdings an § 73 C.P.O. erinnernde Ausdrucksweise der Entbindung von der Klage eingekleidet wird.

War aber die erstinstanzliche Entscheidung zwar nicht aus den dafür dort angenommenen prozessualischen Gründen, wohl aber nach dem materiellen Rechte zutreffend, so war die Berufung des Klägers ohne Weiteres als unbegründet zurückzuweisen, und es kann diesem insbesondere nicht noch das von ihm übrigens nicht einmal, auch nicht eventuell in Anspruch genommene Recht zugestanden werden, daß nach Lage der Sache der Rechtsstreit zur anderweiten sachlichen Prüfung in die Vorinstanz zurückzuverweisen wäre. Dem Kläger wird keine Instanz entzogen, auch nicht dadurch, daß die Vorinstanz und das Berufungsgericht, wenn auch aus verschiedenen Gründen, zum gleichen Endergebnisse gelangen.

Mittheilungen aus neueren Entscheidungen des Reichsgerichts.

1. Oertliches Recht bei unmittelbar auf dem Gesetze beruhenden persönlichen Verbindlichkeiten. Ein Kahn, der den im Gebiete des Preuß. Allg. Landrechts wohnhaften Beklagten gehörte, war durch Zufall auf einer zu Mecklenburg gehörigen Strecke der Elbe gesunken und hatte dann ein Hinderniß für die Schifffahrt gebildet. Nach einer Mecklenburgschen Polizeiordnung vom 24. März 1894 muß in solchem Falle der Eigenthümer des Fahrzeugs für die Hebungskosten aufkommen. Die Beklagten, die geschehener Aufforderung ungeachtet das Fahrzeug nicht beseitigt hatten, wurden auf die Klage des Mecklenburgschen Fiskus zur Bezahlung der Hebungskosten von dem O.L.G. Naumburg verurtheilt. Das Preuß. Landrecht enthält für Fälle, wo es sich um eine unmittelbar auf dem Gesetze beruhende persönliche Verbindlichkeit handelt, keine besonderen Bestimmungen über das anzuwendende örtliche Recht. Das Reichsgericht bestätigte die Verurtheilung. Die Beklagten hätten die Schifffahrt auf Mecklenburger Gebiet zu einer Zeit betrieben, wo die erwähnte Polizeiordnung publicirt und damit ausgesprochen gewesen sei, daß das dortige Recht die Schifffahrt nur unter der Voraussetzung gestatte, daß der Schiffseigner bei einem Unglücksfalle die durch Freilegung des Fahrwassers entstehenden Kosten trage. Damit hätten sie sich der Verordnung unterworfen. U. v. 21. 6. 97. I. 54. 97.

2. Haftung des Verkäufers, der die von ihm gelieferte, vom Käufer als zu der beabsichtigten Verwendung unbrauchbar beanstandete Waare, als hierzu brauchbar empfiehlt, ohne die erforderliche Sachkenntniß zu besitzen, aus der Rathsertheilung. „Nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils ist der Widerkläger erst durch die Postkarte des Widerbeklagten vom 11. Oktober 1892 bewogen worden, das — überaus schlechte — Dichtungsmaterial zu verwenden, und zwar wurde er hierzu bestimmt, weil Widerbeklagter ihm mit voller Bestimmtheit die auf angebliche Sachkunde gestützte Versicherung gab „Sie dürfen deshalb Ihre Besorgniß fallen lassen". Die hierin enthaltene Behauptung der Sachkunde entsprach jedoch der Wahrheit nicht und Widerbeklagter war sich, wie für erwiesen erachtet ist, dessen bewußt. Ob hieraus, was die Revision bemängelt, gefolgert werden durfte, daß Widerbeklagter vorsätzlich in dem Widerkläger einen Irrthum erregen, ihn also täuschen wollte, kann dahin gestellt bleiben. Denn jedenfalls geht aus den Feststellungen des Berufungsgerichts hervor, daß ihm ein grobes Versehen zur Last fällt, und dies genügt, um seine Haftbarkeit zu begründen. Dies würde schon dann der Fall sein, wenn anzunehmen wäre, daß Widerbeklagter den in seiner Postkarte vom 11. Oktober 1892 gegebenen Rath außerhalb seines mit dem Widerkläger bestehenden Vertragsverhältnisses ertheilt hätte, weil alsdann die Vorschrift in § 219 Theil I Tit. 13 des Allg. Landrechts zur Anwendung kommen würde. Die Rathsertheilung ist indeß innerhalb des Handelsbetriebs des Widerbeklagten erfolgt. Derselbe hatte sich durch sein Schreiben verpflichtet, auch Dich-

tungen, und zwar von gefirnißter Pappe zu liefern. Er hat statt dessen getalgte Holzstoffringe geliefert, und zwar im August 1892. Gleich nachher begann die Legung der Rohrleitung. Am 2. Oktober 1892, während der Arbeit, äußerte Widerkläger Bedenken wegen der Dichtungen, worauf Widerbeklagter ihm die Anschaffung anderen Materials anheimstellte. Widerkläger erklärte am 9. Oktober unter ausführlicher Darlegung der Nothlage, in die er gebracht worden sei, die Anbringung des neu empfohlenen Dichtungsmaterials für unmöglich und erhielt nun die mehrerwähnte Postkarte vom 11. Oktober. Die Sachlage war damals die, daß dem Widerbeklagten, der für die Güte seines Dichtungsmaterials verantwortlich war, daran gelegen sein mußte, daß sein Material verwendet werde, damit Weiterungen vermieden würden. Deshalb gehörte die Auskunft nach Art. 273 des H.G.B.'s zum Betrieb seines Handelsgewerbes, und deshalb haftet er nach Art. 282 für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns, die er aber nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils außer Acht gelassen hat." U. v. 6. 10. 97. I. 163. 97.

2a. Unterlassene Rüge von Quantitätsmängeln. Der Beklagte, ein Bäcker, machte gegen die auf Bezahlung des Preises für Mehl gerichtete Klage eines Mühlenbesitzers eine Gegenforderung geltend. Nach seiner Darstellung war der Verkehr zwischen den Parteien folgendermaßen gestaltet gewesen. Der Kläger kaufte für den Beklagten je 20 Centner Weizen; hiervon sollte er zwei Centner als Mahllohn für sich behalten, das Uebrige in seiner Mühle vermahlen und das Mehl an den Beklagten abliefern, der dann den Preis der 20 Centner Weizen zu bezahlen hatte. Der Beklagte behauptete nun, der Kläger habe längere Zeit hindurch unredlicher Weise nicht blos die ihm gebührenden zwei, sondern drei Centner Weizen von je 20 Centnern für sich behalten und auch von dem aus den für den Beklagten vermahlenen je 17 Centnern Weizen gewonnenen Mehle noch einen halben Centner sich angeeignet. Der Kläger bestritt die Behauptung und machte überdem geltend, daß es wider Treu und Glauben verstoße, wenn der Beklagte, nachdem er lange Zeit hindurch die ihm jeweilig gelieferten, angeblich zu geringen Mehlmengen ohne Widerspruch angenommen habe, nachträglich den in Rede stehenden Einwand erhebe. Vom Reichsgericht wurde ausgeführt: Das Berufungsgericht erachtet die unter den Parteien abgeschlossenen Rechtsgeschäfte als Lieferungskäufe und darum als Handelsgeschäfte und hält die Rüge der Quantitätsmängel durch die jahrelange fortgesetzte unbeanstandete Annahme der Mehllieferungen für ausgeschlossen ꝛc. Sollte der Weizen für den Beklagten erworben werden, so läge ein Kauf durch den Bevollmächtigten in Verbindung mit einem Werkverdingungsvertrag vor. Geht man aber davon aus, daß der Beklagte nur ein Interesse an der Lieferung des Mehles hatte, und hierfür ein die Anschaffungs- und Produktionskosten umfassender Preis in der Weise bestimmt war, daß der Beklagte den schrannenmäßigen Preis des ganzen, nach dem Anschlage seines regelmäßigen Bedarfs gekauften Quantums Weizen zu bezahlen hatte, so stünde

der Annahme eines Mehllieferungskaufes nichts im Wege. Da das Mehl zur Verwendung im Geschäfte des Beklagten bestimmt war, so läge ein Handelsgeschäft schon gemäß Artikel 271 des H.G.B.'s vor. Von diesem Gesichtspunkte aus ließe sich auch die Behandlung der gerügten Abzüge an der Lieferung als Quantitätsmängel rechtfertigen. Findet auf Quantitätsmängel auch die Bestimmung des Art. 347 des H.G.B.'s nicht Anwendung, so ist doch anerkannt, daß nach den Umständen des Einzelfalles aus dem passiven Verhalten des Käufers stillschweigende Genehmigung abgeleitet werden kann (Staub, Komm. zu Art. 347, § 14b und Entsch. des Reichs-O.H.G.'s, Bd. 1 S. 126). Dies läßt sich rechtfertigen, wenn die nachträgliche Rüge in jahrelanger Geschäftsverbindung wahrgenommener und unbeanstandet gebliebener Mängel den Verkäufer in seiner Annahme der Billigung seiner Lieferungen täuschen und nun nach Jahren in die Verlegenheit versetzen würde, über den Grund oder Ungrund der Rüge ohne die Möglichkeit sicherer Ermittlung sich ein Urtheil zu bilden und, ohne auf die Sicherung von Beweismitteln Bedacht genommen zu haben, Nachforderungen oder Ersatzansprüchen ausgesetzt zu sein rc. Der vom Reichs-O.H.G. in Bd. I S. 126 entschiedene Fall unterscheidet sich von der vorliegenden Sache gerade dadurch, daß in ersterer Sache die Kenntniß des Käufers von den Lieferungsmängeln festgestellt war. Das Berufungsgericht nimmt hier nur die Erkennbarkeit der Mängel an und stellt die etwa eingetretene Benachtheiligung auf Rechnung der Nachlässigkeit des Beklagten. In Entscheidungen des Reichsgerichts ist ferner zwar anerkannt, daß die Uebersendung einer vertragswidrigen Waare, deren Vertragswidrigkeit der Verkäufer gekannt hat, für sich allein den Thatbestand eines Betrugs im Sinne des Art. 350 des H.G.B.'s nicht begründe (R. II 265/1886, I 137/1892, I 406/1892). Das Berufungsgericht stellt auch fest, daß nach der Art der Ausscheidung und Versendung des an den Beklagten gelieferten Mehles von einem auf Täuschung des Klägers berechneten Verhalten keine Rede sein könne. Erschiene hiernach auch die Anfechtung wegen Betruges ausgeschlossen, so kann deshalb doch die Geltendmachung einer erst ermittelten Unredlichkeit den Vorwurf eines Verstoßes gegen Treu und Glauben nicht deshalb begründen, weil der in seinem Vertrauen Getäuschte und Benachtheiligte die ihm gebotene Möglichkeit nicht benützt hat, die Unredlichkeit früher zu entdecken. Aus der Thatsache langjähriger Nichtentdeckung läßt sich nicht auf Genehmigung schließen. Es wäre eine Umkehrung des Gebots des Handelns nach Treue und Glauben, wenn der gegen Treu und Glauben Handelnde, Unredliche nun mehr dem in seinem Vertrauen Getäuschten den Vorwurf des Verstoßes wider Treu und Glauben machen dürfte, weil er ihm so lange Vertrauen geschenkt. U. v. 3. 6. 97. VI. 30. 97.

3. Versicherung imaginären Gewinns. Die Beklagte, eine Hamburger Versicherungsgesellschaft, hatte die Seeversicherung für alle Waarenaussendungen, die der Kläger für eigene oder fremde Rechnung von der Elbe oder Weser nach Guatemala machen werde, übernommen. Der Kläger hatte dann

Wagen, die er für den Kaufmann P. in Guatemala in Deutschland angekauft hatte, an diesen gesendet, sie waren beschädigt angekommen. Bei der Bestimmung der Versicherungssumme hatte der Kläger diese durch Zusammenrechnung des Kaufpreises für die Wagen, seiner Kommissionär-Provision, der Fracht und aller sonstigen Spesen und eines Ansatzes für imaginären Gewinn berechnet. Die Beklagte machte geltend, daß es für die Einrechnung imaginären Gewinns an einem versicherbaren Interesse gefehlt habe, da P. sich die Wagen nicht zum Weiterverkaufe, sondern zum eigenen Gebrauche habe kommen lassen. Das O.L.G. Hamburg verwarf den Einwand. Der imaginäre Gewinn bestehe in dem Unterschied des Preises, den P. für die vom Kläger für ihn gekauften Wagen zu zahlen gehabt hätte im Vergleiche mit dem Preise, den er bei einem Weiterverkaufe in Guatemala voraussichtlich zu erzielen erwarten konnte, oder den er bei Anschaffung der Wagen für seinen Privatgebrauch in Guatemala voraussichtlich würde haben ausgeben müssen. Der Kaufpreis für eine Anschaffung in Guatemala werde im Zweifel dem Verkaufspreise gleichkommen, den ein Importeur von Wagen erzielen könne. In beiden Fällen sei ein als „imaginärer Gewinn" versicherbares Interesse vorhanden. In einem Falle bestehe es in dem Gewinne, der bei der Weiterveräußerung erwartet werde, im anderen Falle in der Mehrausgabe, die der Käufer durch den Bezug von auswärts vermeiden wolle. Das R.G. verwarf den hiergegen gerichteten Revisionsangriff: „Zuzugeben ist nur, daß sowohl das Handelsgesetzbuch wie die Allgemeinen See-Versicherungs-Bedingungen der Beklagten in ihren Bestimmungen über die Versicherung des imaginären Gewinns von dem durch eine Weiterveräußerung am Bestimmungsplatze zu erzielenden Gewinne als von dem Regelfalle ausgehen. Ein versicherbares Interesse ist vorhanden, wenn und insoweit nach vernünftiger kaufmännischer Berechnung beim glücklichen Verlaufe der Reise auf einen Gewinn aus den Gütern gerechnet werden kann. Daß schon Anstalten zur thatsächlichen Sicherung dieses Gewinns getroffen seien, wird nicht gefordert, wie es denn auch dem Versicherer nicht freisteht, sich durch die Darlegung, daß die thatsächliche Entwickelung der Konjunktur den erhofften Gewinn auch bei glücklichem Verlaufe der Reise unmöglich gemacht haben würde, von seiner Ersatzpflicht zu befreien (Vergl Bolze, in der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht Bd. 42 S. 42 flg.). Es handelt sich daher um die Sicherung der Werthsteigerung der Güter, die von dem Transporte erwartet wird. Ist die Annahme einer derartigen Werthsteigerung überhaupt durch die objektiven Verhältnisse gerechtfertigt, so läßt sich auch nicht leugnen, daß an der Versicherung dieser Werthsteigerung vor den Gefahren der Seereise ebensowohl ein Interesse hat, wer die Güter in seiner Privatwirthwirthschaft benutzen will, als wer sie zu veräußern beabsichtigt. U. v. 20. 10. 1897. I. 195/97.

4. Musterschutz. „Wie bereits in einer Reihe von Urtheilen des Reichsgerichts ausgesprochen worden ist, schützt die Eintragung eines Modells die darin zu Tage tretende Formgebung. Daraus folgt, daß nicht die dieser Formgebung

etwa zu Grunde liegende Erfindung, das dabei leitend gewesene Prinzip, geschützt wird, sondern nur die daraus abgeleitete Form eines Gebrauchsgegenstandes oder Arbeitsgeräths, so daß die auf demselben Prinzip ruhende Gestaltung oder Anordnung anderer Gebrauchsgegenstände oder Geräthe nicht in den Schutzbereich des eingetragenen Musters eingreifen würde. Andererseits darf die Grenze des Schutzbereichs nicht zu eng gezogen werden. Stellt sich das eingetragene Modell als die Grundform einer Gattung von Gebrauchsgegenständen oder Geräthen dar, so ist durch die Eintragung nicht bloß diese Grundform, sondern es sind auch die innerhalb des Gattungsbegriffs liegenden Modifikationen derselben geschützt. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich hieraus, daß, obgleich das eingetragene Modell nur eine Bürste mit länglichem geraden Bürstenholze zeigt, dennoch auch alle andern Bürstenformen (so z. B. runde, gekrümmte und gestielte Bürsten) geschützt sind, sofern an ihnen Lederstreifen an Stelle der sonst üblichen Borsten oder Fasern als Reinigungsmittel angebracht sind. Von diesem Ausgangspunkte aus läßt es sich nicht rechtfertigen, daß das Berufungsgericht die Schutzfähigkeit des für die Beklagte eingetragenen Modells eines Cylinderputzers damit zu begründen versucht, daß der Cylinderputzer einer andern Gruppe von Gebrauchsgegenständen angehöre, denn wenn auch der Cylinderputzer seiner äußern Gestalt nach von der gewöhnlichen Handbürste nicht unerheblich abweicht, so fällt er doch unter den Gattungsbegriff „Bürste", was einerseits aus seiner Zweckbestimmung und andererseits daraus hervorgeht, daß es an den mannigfaltigsten Uebergangsformen von der gemeinen Handbürste zu dem Cylinderputzer nicht fehlt. Auch der Umstand, daß bei dem Modell der Beklagten die Leder- bezw. Tuchstreifen zwischen den als Stiel dienenden gewundenen Drähten eingeklemmt sind, vermag die Selbständigkeit dieses Modells nicht zu begründen, da eine bestimmte Art der Befestigung der Lederstreifen in der Bürste der Klägerin nicht vorausgesetzt wird, und bekanntermaßen die Befestigung der Reinigungsmittel (Borsten, Fasern u. dergl.) bei Bürsten eine höchst verschiedenartige ist, so daß jede der bekannten Befestigungsarten auch bei dem klägerischen Modell angewendet werden kann, ohne daß dadurch eine über dessen Schutzbereich hinausgreifende Verschiedenheit entsteht. Der Hülfsgrund, den das Berufungsgericht für seine Auffassung daraus entnehmen will, daß das Patentamt bei der Bezeichnung des Musters die in dessen Beschreibung und Zeichnung vorgesehene Mitverwendung von Borsten weggelassen und damit zu erkennen gegeben habe, daß es in der Verwendung von Leder- oder Tuchstreifen bei Cylinderputzern eine schutzfähige Neuheit erblicke, versagt schon darum völlig, weil dem Patentamt bei der Eintragung von Gebrauchsmustern weder die Pflicht noch das Recht zur Prüfung der Neuheit beiwohnt und diese Behörde sich auch hinsichtlich der Bezeichnung, unter welcher das Muster in die Rolle einzutragen ist, an die Angabe des Anmelders zu halten hat (§§ 2, 3 des Musterschutzgesetzes vom 1. Juni 1891 und die vom Patentamt erlassenen „Bestimmungen über die Anmeldung von Gebrauchsmustern" vom 31. August 1891, Reichsanzeiger Nr. 206).

Aus der Art der Eintragung des von der Beklagten angemeldeten Musters können daher Schlüsse auf die Ansicht des Patentamts hinsichtlich der Schutzfähigkeit desselben nicht gezogen werden." U. v. 16. 10. 1897. I. 183/97.

5. „Das für die Klägerin eingetragene Waarenzeichen ist ein reines Wortzeichen, das nicht wegen seines figürlichen Eindrucks, sondern nach seinen Schriftzeichen und seinem lautlichen Klange geschützt ist. Die Frage, ob die von der Beklagten angewendete Waarenbezeichnung dem geschützten Zeichen der Klägerin so ähnlich ist, daß die Gefahr einer Verwechselung beider im Verkehr besteht (§ 20 des Gesetzes vom 12. Mai 1894), ist also nach der Richtung zu beantworten, ob das geschriebene (gedruckte) oder das gesprochene Wort Roerperle dem Worte Ruhrperle so ähnlich ist, daß beide den Schriftzeichen oder dem Klange nach im Verkehr verwechselt werden können. Statt sich der Erörterung dieser Frage zu unterziehen, hat das Berufungsgericht geprüft, ob die von den Parteien gebrauchten Etiketten, in denen die Worte Roerperle und Ruhrperle vorkommen, ihrer ganzen äußeren Erscheinung nach die Verwechselungsgefahr begründen, und hat wegen der erheblichen Verschiedenheiten dieser Etiketten in Bezug auf Farben und sonstige wörtliche und zeichnerische Zuthaten eine solche Gefahr für ausgeschlossen erachtet. Aus diesem Grunde ist die Klage abgewiesen. Diese Entscheidung beruht auf einer rechtsirrigen Auffassung des durch die Eintragung eines bloßen Wortes als Waarenzeichen begründeten Schutzrechtes. Der Inhaber eines solchen Wortzeichens ist bei der Verwendung desselben zur Waarenbezeichnung nicht auf eine bestimmte äußere Darstellung beschränkt. Er kann jede beliebige typographische Gestaltung, jede beliebige Farbe, Umrahmung oder dergl. für das Wort oder neben demselben wählen und die gewählte Gestaltung und deren Zuthaten beliebig wechseln. Geschütztes Waarenzeichen bleibt in allen diesen Darstellungen immer nur das eingetragene Wort. Die Untersuchung, ob eine Störung des Zeicheninhabers in dem ausschließlichen Rechte der Benutzung seines Waarenzeichens vorliegt, hat sich also darauf zu erstrecken, ob der Störende sich desselben oder eines die Verwechselungsgefahr bedingenden Wortes zur Bezeichnung seiner Waare bedient, wogegen es auf die Gleichheit oder Verschiedenheit der etwa daneben auf der Waare oder deren Verpackung angebrachten schmückenden oder erklärenden Zuthaten nicht ankommt. Aehnlichkeit in diesen Dingen kann von Bedeutung sein, wenn es sich um die widerrechtliche Nachahmung der Ausstattung von Waaren handelt (§ 15 des Gesetzes vom 12. Mai 1894), für die Nachahmung eines bloßen Wortzeichens ist sie ohne Belang." U. v. 27. 10. 1897. I. 212/97.

6. Wucher. Wenn der Schuldner über das, was er in der vom Gläubiger wucherisch ausgebeuteten Nothlage diesem zu zahlen versprochen, einen Wechsel gegeben hat, so kann er, wenn er gegenüber der vom Gläubiger angestellten Wechselklage Versäumnißurtheil wider sich hat ergehen lassen, nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils an sich das auf Grund des letzteren an den Gläubiger

Geleistete nicht mehr unter Berufung auf den Wucher zurückfordern, weil dem die Rechtskraft des Urtheils, durch welches die Rechtbeständigkeit der Forderung des Gläubigers anerkannt ist, entgegensteht. Eine andere Beurtheilung ist aber geboten, wenn die Nothlage des Schuldners auch zu der Zeit, als das Versäumnißurtheil erging, noch fortbestand und die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß der Gläubiger, indem er die Verurtheilung aus dem Wechsel erwirkte, wiederum die Nothlage des Schuldners ausbeutete und dieser unter deren Druck die Vertheidigung gegen den Wechselanspruch unterließ. Denn auch civilprozessuale Handlungen können das Mittel sein, durch welches der Wucherer die Nothlage des Schuldners ausbeutet, und die Unterwerfung des Schuldners unter die die Einziehung des wucherischen Wechsels bezweckende Klage kann als ein Vermögensvortheil aufgefaßt werden, den sich der Wucherer von seinem Schuldner gewähren läßt. Begnügt sich der Gläubiger nicht mit dem über eine übermäßige Summe ausgestellten Wechsel des Schuldners, sondern erhebt er die Wechselklage, solange er den Schuldner noch in der Hand hat, um eine von ihm für unanfechtbar gehaltene rechtskräftige Verurtheilung des Schuldners zu erlangen und sich so die von diesem durch den Wechsel versprochenen übermäßigen Vermögensvortheile zu sichern, und unterwirft sich der Schuldner, der die Absicht des Gläubigers erkennt, in seiner fortdauernden Nothlage diesem Beginnen, so liegt darin, ohne daß man gerade ein stillschweigendes Abkommen zwischen Gläubiger und Schuldner heranzuziehen braucht, eine Fortsetzung des wucherischen Treibens, und der so ausgebeutete Schuldner ist wohl berechtigt, die durch Geltendmachung des Urtheils vom Gläubiger eingezogenen übermäßigen Vermögensvortheile zurückzufordern. U. v. 6. 10. 1897. I. 298/97.

7. Nichtaufnahme einer mündlich getroffenen Vereinbarung in die Vertragsurkunde: „Die Revision führt aus, vom Fall der Arglist abgesehen, seien Zusicherungen nur dann verpflichtend, wenn sie bei Abschluß des Vertrages abgegeben seien, dies könne aber in der Regel dann nicht angenommen werden, wenn die Zusicherungen in einem von den Kontrahenten schriftlich abgeschlossenen Vertrag nicht aufgenommen seien. Es kann aber, wie auch die Revision selbst nicht verkennt, nicht als ein ausnahmsloser Grundsatz, sondern nur als die Regel betrachtet werden, daß in den Vorverhandlungen vereinbarte Bedingungen, welche in dem schriftlichen Vertrag Aufnahme nicht gefunden haben, als aufgegeben gelten müssen. Im gegenwärtigen Falle enthielten nun sowohl die Entwickelung der Verhandlungen bis zum Vertragsabschluß als auch die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes einen Hinweis darauf, daß die Bedingung in Geltung bleiben sollte. Wenn in den vorhergegangenen Verhandlungen stets betont ist, daß ohne die allgemeine polizeiliche Zulassung der Decken der Vertrag keinen Werth für den Kläger habe, und wenn noch unmittelbar vor dem Vertragsabschluß als selbstverständlich bezeichnet ist, daß die Zulassung bedingend sei, so spricht dies dafür, daß die Kontrahenten diese eben als eine ganz selbstverständ-

liche, ausdrücklicher Erwähnung in der Urkunde gar nicht bedürfende Bedingung auch beim Abschluß des Vertrages noch betrachtet und anerkannt haben. Und da die ausschließliche Fabrikation und der alleinige Vertrieb der mustergeschützten Decken &c. für Berlin und Vororte den Gegenstand des Vertrages bildet, so giebt dies einen weiteren Anhalt dafür, daß die Möglichkeit eines solchen Betriebes, seine Nichthinderung durch polizeiliche Vorschriften, unter allen Umständen ein Vertragselement bilden sollte. Wenn nun auch die Erwägungen des Berufungsrichters insoweit, als sie den Beklagten als beweispflichtig dafür betrachten, daß die in den Vorverhandlungen vereinbarte Bedingung bei dem Vertragsabschlusse fallen gelassen ist, einen Rechtsirrthum zeigen sollten, so beruht doch die angefochtene Entscheidung auf demselben nicht, denn der Berufungsrichter gelangt im weiteren Zusammenhang seiner Gründe mit Rücksicht auf die gesammte Sachlage zu der Feststellung, daß jene Thatsache nicht zutrifft, sondern daß die Bedingung aufrecht erhalten ist. Hiernach ist die Bedingung Vertragsinhalt geworden, obwohl sie Aufnahme in die Urkunde nicht gefunden hat. Von ihrem Eintritt oder Nichteintritt ist die Existenz der im Vertrage vereinbarten Rechte und Verbindlichkeiten abhängig." U. v. 9. 10. 1897. I. 170/97.

8. Negative Feststellungs-Widerklage; rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung. „Durch das angefochtene Urtheil ist die Berufung gegen das landgerichtliche Urtheil zurückgewiesen, in welchem der Beklagte kostenpflichtig unter Zurückweisung seiner Widerklage verurtheilt ist, an den Kläger 10000 ℳ nebst Zinsen zu zahlen. Die Revision richtet ihren Angriff gegen die Zurückweisung der Widerklage. Der Antrag der Widerklage ging auf Feststellung, daß dem Kläger keinerlei Forderung aus der Vermittelung des Ankaufs der vom Kläger erworbenen Hypothek gegen den Beklagten, insbesondere kein Anspruch auf Ersatz des bei der Subhastation erfolgten Ausfalls an Kapital und Zinsen zustehe. Das Berufungsgericht weist den Antrag zurück, weil der Anspruch des Klägers mindestens in Höhe der ihm hier zugesprochenen 10000 ℳ bestehe. Es hatte jedoch der Kläger diesen Betrag ausdrücklich nur als einen Theil des ihm vom Beklagten zu ersetzenden Schadens verlangt, den er in der Klage dem von ihm erlittenen Hypothekenausfall von über 70000 ℳ gleich setzte, in der Berufungsinstanz aber auf 40000 ℳ bezifferte. Dadurch also, daß die Klage in dem hier geforderten Theilbetrage zugesprochen ist, erledigte sich die Widerklage noch nicht; eine Feststellung, daß der Kläger nur so viel, als ihm hier zugesprochen ist, oder doch nicht mehr, als einen gewissen Betrag unter 40000 ℳ zu fordern habe, lag nicht außerhalb des Widerklageantrages, wie er gestellt ist, zumal der Kläger in der Berufungsinstanz durch seine Erklärungen zu erkennen gegeben hatte, daß es ihm auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des vom Kläger behaupteten Schuldverhältnisses überhaupt, eventuell der Höhe nach, ankomme (vergl. Urtheile des Reichsgerichts vom 27. Juni 1884 und vom 18. Juni 1885, bei Bolze, Praxis, Bd. 1 Nr. 1715, 1716). Das Berufungs-

gericht meint zwar, daß eine solche Feststellung nicht erfolgen könne, weil der Kläger nicht bestimmt angegeben habe, wie viel er im Ganzen beanspruche. Dies ist jedoch nach dem eben Gesagten nicht richtig; der Kläger hat seinen Schaden, den Beklagter ihm zu erstatten habe, schließlich, wie bemerkt, auf 40000 ℳ berechnet. Wenn weiterhin noch der Mangel eines Nachweises des rechtlichen Interesses des Beklagten an der alsbaldigen Feststellung der Höhe der Forderung hervorgehoben wird, so ist es zwar richtig, daß die Feststellungsklage, insoweit sie sich auf die Höhe der Forderung bezieht, nicht die Incidentfeststellungsklage nach § 253 der C.P.O. ist, weil davon, ob Kläger mehr als 10000 ℳ zu fordern hat, die Entscheidung über die Klage nicht abhängt, und daß somit das Erforderniß eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung nach § 231 d. C.P.O. allerdings besteht. Allein das Vorhandensein desselben kann bei richtiger Auffassung des Begriffs des rechtlichen Interesses in § 231 (vergl. Entscheidungen des R.G.'s in Civil-Sachen Bd. 35 S. 392) nicht bezweifelt werden, da, wie es in dem eben gedachten Urtheil heißt, auch das ökonomische Interesse, zu wissen, woran man in Ansehung eines gewissen Rechtsverhältnisses ist, um sein Verhalten danach einzurichten, ein rechtliches Interesse im Sinne des § 231 cit. zu nennen ist. Ein solches Interesse hat der Beklagte hinsichtlich der Feststellung, daß die Forderung des Klägers nicht in der von diesem behaupteten Höhe bestehe und einen gewissen Minderbetrag nicht übersteige." Urth. v. 16. 9. 1897. VI. 103/97.

9. C.P.O. § 240². „Nicht zu billigen ist es, daß das Berufungsgericht die in der Berufungsinstanz erfolgte Veränderung des ersten Klageantrages dahin, daß die Beklagte zur Zahlung der sich aus ihrer Abrechnung für die Klägerin ergebenden Licenzgebühr verurtheilt werden möge, für unzulässig erachtet hat. Der von der Klägerin erhobene Anspruch auf Rechnungslegung gründet sich auf das zwischen ihr und der Beklagten bestehende Vertragsverhältniß. Aus diesem ergiebt sich für die Klägerin eine Forderung, deren Höhe von dem Umfange der von der Beklagten bewirkten Verkäufe abhängt und von der Klägerin nur auf Grund der von der Beklagten aufzustellenden Abrechnung über diese Verkäufe beziffert werden kann. Indem die Klägerin von der Beklagten die Ablegung dieser Rechnung fordert, thut sie dies lediglich in der Verfolgung ihres Forderungsrechts, denn die geforderte Rechnungslegung hat für sie keine selbständige Bedeutung, sondern nur die eines Mittels, um zur Einziehung ihrer Forderung zu gelangen. Daraus folgt, daß, wenn die Klägerin dieses Mittels aus einem oder dem andern Grunde nicht mehr zu bedürfen meint, sondern dazu verschreitet, die ihr gebührende Leistung in einer bestimmten Geldsumme zu fordern, sie ihre Klage nicht ändert, sondern nur erweitert, indem sie auf derselben rechtlichen Grundlage, in der Verfolgung des gleichen Forderungsrechtes jetzt unmittelbar den Endzweck anstrebt, dessen Erreichung durch die zunächst verlangte Rechnungslegung mittelbar verfolgt wurde. Dieses Verhältniß des Antrages auf Rechnungslegung zu dem Antrage auf Zahlung der durch die Rechnung festzustellenden Summe ist bereits in

einem Urtheil des Reichsgerichts vom 29. März 1887 (Gruchot, Beiträge, Bd. 32 S. 412) anerkannt, wo umgekehrt später Rechnungslegung an Stelle der zunächst geforderten Zahlung verlangt wurde und diese Aenderung des Antrages unter Hinweis auf § 240 Ziffer 2 der C.P.O. für zulässig erklärt worden ist. Dieselbe Anschauung liegt dem Urtheil des Reichsgerichts vom 16. Januar 1889 (Entsch. Bd. 23 S. 419) zu Grunde, welches die Aenderung des Antrages auf Feststellung in den Antrag auf Leistung für zulässig erklärt. Daß die Zahlung an Stelle der Rechnungslegung erst in der Berufungsinstanz verlangt worden ist, steht der Zulässigkeit dieser Erweiterung des Klageantrages nicht im Wege, da der § 240 der C.P.O. auch für die Berufungsinstanz gilt, und daß die Klägerin möglicherweise schon auf Grund der in I. Instanz vorgelegten Rechnung Zahlung des darin berechneten (minderen) Betrages hätte fordern können, ist kein Grund, um den erst später geänderten Antrag abzuweisen, wenn derselbe an sich zulässig war." U. v. 16. 10. 97. I. 183/97.

10. C.P.O. § 350 Ziff. 3. August K. und seine Ehefrau klagten gegen deren Vater Aug. Kl. unter der Behauptung, daß er versprochen habe, seiner Tochter, wenn sie den August K. heirathe, 6000 *M* als Mitgift zu gewähren, auf Bezahlung dieser Summe. Der Beklagte behauptete, er habe am Tage des Aufgebots dem Kläger August K. im Beisein der Mitklägerin erklärt, sie habe nur das Erbtheil ihres Großvaters, ihren Erbantheil an einer für ihre Mutter eingetragenen Hypothek von 3000 *M* und 300 *M*, die er selbst zulegen wolle, in Aussicht. Hierfür benannte der Beklagte zwei seiner Söhne und seine Ehefrau als Zeugen. Diese Personen wurden in zweiter Instanz vernommen, aber entgegen dem Antrag des Beklagten nicht vereidet. Das Beruf.-Ger. erachtete nämlich die Bestimmung in § 350 Ziff. 3 der C.P.O. nicht für anwendbar, weil die Zeugen nicht über Thatsachen ausgesagt hätten, welche die durch das Familienverhältniß bedingten Familienangelegenheiten beträfen, dem Streite liege ein reiner Vertrag über Handlungen im Sinne des Preuß. Allg. L.R.'s zu Grunde, aus dem ein Familienmitglied ebenso verpflichtet werde, wie ein Familienmitglied. Diese Auffassung wurde vom R.G. gemißbilligt. Die Ausnahmevorschrift des § 350[3] beruhe, wie die Entstehungsgeschichte ergebe, auf dem durch den muthmaßlichen Mangel anderer Beweismittel hervorgerufenen Bedürfnisse. Ihre Anwendbarkeit könne deshalb nicht daran geknüpft sein, daß die betreffende Vermögensangelegenheit nur auf dem Boden eines Familienverhältnisses entstehen könne, entscheidend sei lediglich, daß die konkrete Vermögensangelegenheit ihre Grundlage im Familienverbande habe. U. v. 4. 10. 97. VI. 140/97. Vergl. noch Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 236, Bd. 45 Nr. 52, Bd. 47 Nr. 73; Jurist. Wochenschr. 1891 S. 413 Nr. 13, 1895 S. 8 Nr. 19.

11. Neuer selbständiger Beschwerdegrund. „Die weitere Beschwerde ist nach § 531 Abs. 2 der C.P.O. unzulässig. Der Beschwerdeführer findet zwar einen neuen selbständigen Beschwerdegrund darin, daß das Beschwerdegericht mehrere

seiner Behauptungen nicht oder nicht ausreichend berücksichtigt habe. Zunächst erscheint es jedoch völlig irrthümlich, von einer nicht ausreichenden Berücksichtigung einer Behauptung als von einem neuen selbständigen Beschwerdegrund zu sprechen. Dazu geben auch die vom Beschwerdeführer angezogenen Entscheidungen des Reichsgerichts (Bd. 17 S. 371, Bd. 18 S. 425) keinen Anlaß. Die letztere — weitergehende — Entscheidung läßt allerdings unter Umständen die weitere Beschwerde auch wegen völliger Uebergehung eines Angriffs der Beschwerde zu, insofern sich nämlich darin eine Verletzung des Anspruchs der Partei auf rechtliches Gehör finden lasse. Dies Letztere ist aber eben nur bei völliger Uebergehung eines Angriffs oder einer Behauptung denkbar, nicht schon bei nicht „ausreichender" Würdigung. Es kann im Uebrigen hier unerörtert bleiben, ob in der That in der Uebergehung von Behauptungen eine Versagung des rechtlichen Gehörs liege, und ob, wenn dies der Fall, ein neuer selbständiger Beschwerdegrund gegeben sei (vergl. Entsch. des R.G.'s Bd. 30 S. 338). Denn für den Vorwurf, daß das Beschwerdegericht Behauptungen des Beschwerdeführers unberücksichtigt gelassen habe, giebt der angefochtene Beschluß keinen Anhalt ꝛc." Beschl. v. 6. 10. 97. Bs. R. VI. 210/97.

12. „Mit Unrecht erachtet der Kläger die Revision der Beklagten wegen Fehlens der Revisionssumme für unzulässig. Der Klagantrag geht auf Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung von 1900 ℳ 30 ₰. Dies ist der Werth des Streitgegenstandes für das Urtheil der ersten Instanz, das die Klage abgewiesen, und für das Urtheil der Berufungsinstanz, das den Anspruch des Klägers dem Grunde nach für berechtigt erklärt hat. Folglich ist es auch der Beschwerdegegenstand für die Revision, die die Aufhebung dieses Urtheils verlangt. Daß der Kläger nach der Verkündung des Berufungsurtheils und vor Einlegung der Revision brieflich und durch Zustellung eines Schriftsatzes der Beklagten angezeigt hat, er ermäßige den Klageantrag auf 1450 ℳ, ist für die Bemessung des Beschwerdegegenstandes bedeutungslos. Denn dieser wird durch den Inhalt des angefochtenen Urtheils und der Revisionsanträge bestimmt." U. v. 9. 10. 97. I. 172/97.

13. C.P.O. § 590. Der Tagelöhner D. hatte sich, während seine früher eingegangene Ehe noch bestand, anderweit verheirathet. Die Staatsanwaltschaft Plauen erhob wider ihn und seine zweite Ehefrau Klage auf Nichtigerklärung der Ehe und es wurde dementsprechend von dem L.G. erkannt. D. legte Berufung ein, doch wurde die Berufungsschrift fristgemäß nur der Staatsanwaltschaft beim O.L.G. Dresden, der verehel. D. dagegen erst längere Zeit nach Ablauf der Berufungsfrist zugestellt. Das O.L.G. verwarf aus diesem Grunde die Berufung als unzulässig. Nach § 590 der C.P.O. habe für das Berufungsverfahren dem Berufungskläger D. außer der Staatsanwaltschaft auch die verehel. D. als Gegnerin gegenübergestanden, und es seien diese und die Staatsanwaltschaft, obwohl sie in erster Instanz Gegner gewesen, in der Berufungsinstanz nothwendige Streit-

genossen (C.P.O. § 59) gewesen und zwar nicht erst nach Einlegung der Berufung des D., sondern schon in dem Augenblicke, wo D. zur Einlegung des Rechtsmittels verschritten sei. Da ferner in den Fällen nothwendiger Streitgenossenschaft ein Streitgenosse zwar zugleich für den andern den Prozeß betreiben, nicht aber der Gegner der Streitgenossen eine Prozeßhandlung gegenüber einem einzelnen Streitgenossen mit rechtlicher Wirkung gegenüber den übrigen vornehmen könne, so hätte die Berufungsschrift in der Berufungsfrist der Staatsanwaltschaft und der verehel. D. zugestellt werden müssen, und sei, da letzteres nicht geschehen, die Berufung als versäumt unzulässig. Diese Auffassung wurde vom R.G. gebilligt. U. v. 11. 10. 97. VI. 156. 97.

14. Anordnung nach §§ 688, 690 der C.P.O. oder einstweilige Verfügung nach §§ 814 flg. „Der angefochtene Beschluß hat auf die Beschwerde des Beklagten die vom Landgerichte getroffene Verfügung aufgehoben, durch welche in dem gegenwärtigen Rechtsstreit, in dem die Kläger im Wege der sogenannten Zwangsvollstreckungsinterventionsklage Eigenthumsrechte an Gegenständen geltend machen, die auf Veranlassung des Beklagten gepfändet sind, auf den Antrag der Kläger das Gerichtsvollzieheramt ersucht ist, den Erlös aus den gepfändeten Sachen nicht an den Beklagten abzuliefern, sondern bei der Landgerichtskasse zu hinterlegen. Die von den Klägern zur Hand genommene weitere Beschwerde ist nun darauf gestützt, daß es sich hier nicht um eine einstweilige Anordnung im Sinne der §§ 688, 689 und 690 Abs. 3 der C.P.O., sondern um eine nach §§ 814 flg. daselbst zu beurtheilende einstweilige Verfügung handle, und daß danach (vgl. §§ 815, 704) dem Beklagten gegen den erwähnten landgerichtlichen Beschluß nur der Widerspruch, nicht der Weg der Beschwerde offengestanden habe. Diese Ausführung kann für zutreffend nicht erachtet werden. Die getroffene Anordnung bezweckt sowohl nach der Tendenz der Antragsteller wie ihrem Wesen nach die Einstellung der Zwangsvollstreckung und fällt damit unter die citirten §§ 688 flg. Die Stelle bei Falkmann, Zwangsvollstreckung, auf welche sich die Beschwerdeführer berufen, spricht nicht hiegegen, indem dort nur ausgeführt wird, daß Verfügungen, die, nachdem die Zwangsvollstreckung eingestellt worden, bezüglich des Exekutionsgegenstandes weiter noch ergehen, nach den angezogenen §§ 814 flg. zu beurtheilen sind. Es kann auch nicht etwa gegen das Vorliegen der Einstellung der Zwangsvollstreckung darauf hingewiesen werden, daß die letztere ja schon beendigt, da mit dem Augenblick des Empfangs des Erlöses Seitens des Gerichtsvollziehers nach § 720 der C.P.O. die Zahlung Seitens des Schuldners als erfolgt gelte. Hiergegen ist geltend zu machen, daß, als die fragliche Anordnung erlassen wurde, welche von demselben Tage datirt, an welchem die Versteigerung der gepfändeten Gegenstände erfolgte, die gedachte Empfangnahme des Erlöses noch nicht stattgefunden hatte. Es kommt aber auf den Augenblick der Emanation des betreffenden Beschlusses an, da dafür zu halten, daß durch letzteren dem später geschehenden Inempfangnehmen des erlösten Geldes Seitens des Ge-

richtsvollziehers die Wirkung der damit regelmäßig erfolgenden Tilgung der beizutreibenden Forderung entzogen werde. Hierüber ist zu vergleichen Gaupp, Komm. zur C.P.O., Aufl. 2, Note zu § 720 und die dort angezogenen Noten zu §§ 716 und 709, wo solches für den dem gegenwärtigen gleichstehenden Fall, daß die Hinterlegung des Erlöses der Zwangsvollstreckung nach § 710 Abs. 4 angeordnet wird, ausgesprochen ist. Es kann nun auch noch auf die von Falkmann angezogenen Abhandlungen von Peters und Voß Bezug genommen werden, welche sich über den Unterschied zwischen einstweiligen Anordnungen und einstweiligen Verfügungen in dem obengedachten Sinne verbreiten und erstere als vorliegend annehmen, wenn es sich um Abwehr der Nachtheile von berechtigten Handlungen staatlicher Organe handelt, als letztere aber solche ansehen, die gegen unbefugte gefährdende Handlungen von Privatpersonen gerichtet sind. Hiernach wird man zu der ersteren Kategorie den hier in Frage stehenden Beschluß zählen, durch den der Auszahlung eines Zwangsvollstreckungserlöses Seitens des Gerichtsvollziehers an den ihn beauftragt habenden Gläubiger entgegengetreten werden soll. Endlich ist noch auf den Beschluß des Reichsgerichts zu verweisen, welcher in den Entsch. in Civ.-S. Bd. 30 S. 394 flg. abgedruckt ist. Hier wird gesagt, daß die dort in Frage stehende Anordnung der Hinterlegung des Erlöses, welche in Anlaß davon, daß ein Konkursverwalter in Ansehung einer Pfändung ein Anfechtungsrecht geltend machte, getroffen ist, sich sehr wohl unter den § 690 Abs. 3 in Verbindung mit § 688 Abs. 1 bringen lasse, da diese Hinterlegung doch als eine Art der Einstellung der Zwangsvollstreckung, nämlich in einem etwas späteren Stadium, oder als ein Einzelfall der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung nur gegen Sicherheitsleistung angesehen werden könne ꝛc." Beschl. v. 20. 9. 97. Bs. VI. 190/97.

15. Werth des Streitgegenstandes. Gegenstand des Rechtsstreits war die Mitgliedschaft des Klägers bei dem beklagten Militärverein. Wenn der Streitwerth von den vermögensrechtlichen Vortheilen abhinge, welche der Verein seinen Mitgliedern gewährt, so würde nicht außer Betracht bleiben können, daß dem **bedingten** Anspruche der Mitglieder auf Unterstützung in Krankheitsfällen die unbedingte Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen, die monatlich 30 ₰ betragen, jedoch unter Umständen erhöht werden können (§ 13 des Statuts), gegenübersteht. Auch bei Berücksichtigung der Aussteuer in Sterbefällen (§ 17 des Statuts) ist deshalb der vermögensrechtliche Anspruch, den Kläger mit der auf Anerkennung seiner Mitgliedschaft gerichteten Klage verfolgt, keinesfalls höher, als auf 200—300 ℳ zu schätzen ꝛc. Es erscheint jedoch richtiger, den Anspruch des Klägers **als einen nicht vermögensrechtlichen** anzusehen. Der beklagte Verein verfolgt nach § 1 des Statuts in **erster** Linie **ideale** Zwecke; die daneben den Mitgliedern zu gewährenden Unterstützungen können bei Schätzung des Streitwerths zwar insofern in Betracht kommen, als diese nicht unter die vermögensrechtlichen Vortheile der Mitgliedschaft hinabgehen darf, sie können aber für

den Streitwerth nicht allein bestimmend sein. Indessen ist, wenn der Anspruch als nicht vermögensrechtlicher betrachtet wird, der Streitwerth gleichwohl nach § 10 des Gerichtskostengesetzes mit Rücksicht auf die obwaltenden Umstände, und da insbesondere, wie bemerkt, der vermögensrechtliche Vortheil durch die Beitragspflicht aufgewogen wird, nicht zu niedrig festgesetzt. Beschl. v. 20. 9. 97. Bs. VI 157/97.

16. Kosten einer Anschlußberufung. Die Entscheidung über die Kosten war insofern zu beanstanden, als dem Kläger „die Kosten der Anschlußberufung" auferlegt worden sind. Die Anschließung an eine Berufung ist ebenso wie die Berufung selbst kein Angriffs- oder Vertheidigungsmittel im Sinne des § 91 der C.P.O., und eine gesonderte Kostenberechnung für sie findet nicht statt. § 11 des Ger.Kost.Ges., § 10 der Geb.O. f. RAnw. Es konnte daher nur über die gesammten Kosten der Berufungsinstanz nach Maßgabe des § 88 Abs. 1 der C.P.O. erkannt werden. U. v. 16. 10. 97. I 182/97.

17. Zurücknahme oder Einschränkung eines Rechtsmittels, Einfluß auf die Höhe des Kostenvorschusses. Die Klägerin hatte in einem Prozesse, der ein Streitobjekt von 176000 ℳ betraf, ohne Einschränkung Revision eingelegt, später formulirte sie einen Antrag, wonach sie Aenderung des zweiten Urtheils nur wegen 33356 ℳ verlangte. Mit Rücksicht hierauf beantragte sie Herabsetzung des ihr abgeforderten, nach einem Werthsobjekt von 176000 ℳ berechneten Gerichtskostenvorschusses und entsprechende Zurückzahlung. Der Antrag wurde durch Beschluß des V. Civ.Sen. des RG.'s vom 15. 12. 1894 (V. 361/94) zurückgewiesen mit folgender Begründung: Nach der Struktur des Gerichtskostengesetzes, insbesondere mit Rücksicht auf die Vorschrift, daß die Gebühren und Auslagen der Regel nach erst mit Beendigung der Instanz fällig werden (§ 93), sowie darauf, daß das Gesetz zwar von einer Erhöhung, nicht aber auch von einer Herabsetzung des Kostenvorschusses spricht (§ 81), muß angenommen werden, daß der Gerichtskosten-Vorschuß, der zur Sicherung der Staatskasse wegen der in der betreffenden Instanz entstehenden Kosten bestimmt ist, vor Beendigung der Instanz nicht, auch nicht zum Theil zurückverlangt werden darf, es müßte denn sein, daß er von Anfang an zu Unrecht eingefordert oder falsch berechnet worden wäre." Die gleiche Ansicht hat der VI. Civ.Sen. in einem Beschlusse vom 16. September 1897 (VI. 311/97) in einem Falle befolgt, in welchem die Revision zurückgenommen, aber ein Antrag des Revisionsbeklagten nach §§ 529, 467 Abs. 3 der C.P.O. zu erwarten war.

18. Beweisgebühr. „Die Vorinstanz, welche entgegen dem landgerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschlusse die vom Kläger liquidirte Beweis- und weitere Verhandlungsgebühr abgesetzt hat, ist zutreffend davon ausgegangen, daß es darauf ankomme, ob die durch den Beschluß vom 24. März 1897 geschehene Anordnung der Vorlegung gewisser Vorprozeßakten zu dem Zweck einer Information oder zu dem der Beweisaufnahme erfolgt sei. (Vergl. Jurist. Woch. 1895 S. 243.)

Wenn nun das erstere daraus gefolgert wird, daß, wie ersichtlich, die aus den erwähnten Vorprozeßakten zu entnehmenden Thatsachen unter den Parteien nicht streitig gewesen, so ist allerdings dieser Schluß nicht bedenkenfrei, da darüber, wie es in dieser Beziehung zur Zeit, als der erwähnte Bescheid abgegeben, gestanden hat, nichts vorliegt; es muß indessen der Annahme, daß die in Rede stehende Verfügung der Information halber getroffen, deshalb beigetreten werden, weil, wie das den Beschluß enthaltende, über den ersten Termin, der in der gegenwärtigen Prozeßsache stattgehabt, aufgenommene Protokoll ergiebt, eine Verhandlung gar nicht stattgefunden hat, sondern ausschließlich das Gericht dahin thätig geworden, daß neuer Termin angesetzt und die Einforderung der mehrerwähnten Vorprozeßakten angeordnet ist. Eventuell muß aber auch in Betracht gezogen werden, daß jedenfalls es ungewiß ist, ob zu dem einen oder dem anderen Zwecke die fragliche Anordnung erfolgte. Diese Ungewißheit genügt, um eine für die Zubilligung der geforderten Gebühr erforderliche Beweisanordnung nicht als vorliegend erscheinen zu lassen (Jur. Woch. 1891 S. 274)." Beschl. v. 16. 9. 97. Bs. VI. 169. 97.

Literatur.

A. Die Gesellschaft nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche.

Nach dem Vortrage vom Geh. Hofrath Prof. Dr. Sohm in der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig.

(Gehalten am 24. November 1897.)*)

Durch das neue bürgerliche Gesetzbuch werden tiefgreifende Aenderungen in den Bestimmungen über das Gesellschaftsrecht eingeführt. Während bisher im Allgemeinen hinsichtlich der gewöhnlichen bürgerlichen Gesellschaft die Grundsätze der Societas des römischen Rechts maßgebend waren, tritt durch das neue Gesetzbuch die deutsche Gesellschaft ins Leben. Diese gilts deshalb mit Deutlichkeit zu erfassen.

Das Wesen der Gesellschaft ist: Gesammthandsverbindung mit Gesammthandsverwaltung.

1. Gesammthandsverbindung, B.G.B. § 718. Das Gesellschaftsvermögen ist gemeinsames Vermögen der Gesellschaft nach Art des deutschen Rechts, kein gemeinsames Vermögen nach Bruchtheilen. Das bedeutet:

a. Der einzelne Gesammthänder hat keine Verfügung über seinen Antheil, B.G.B.

*) Ueber den am 27. Oktober 1897 in derselben Gesellschaft von Herrn Landrichter Dr. Anger gehaltenen Vortrag über §§ 816 flg. des B.G.B. brauchen wir an dieser Stelle nicht zu berichten, da die den Beginn des vorliegenden Heftes bildende Abhandlung über die ungerechtfertigte Bereicherung eine vermehrte und erweiterte Wiedergabe jenes Vortrages ist. D. Red.

§ 719. Nach dem römischen Recht dagegen ist dieser sein freies Eigenthum, das er frei veräußern, verpfänden kann. Das Gesellschaftsvermögen ist kein Miteigenthum römischer Art. Römisch ist Miteigenthum als Alleineigenthum des Antheils, deutsch ist Eigenthum mit gebundenen Händen.

b. Der einzelne Antheil des Gesammthänders ist kein fester Antheil, sondern ein beweglicher — etwas, das es im römischen Rechte gar nicht giebt, B.G.B. § 738. Es besteht also ein Anwachsungsrecht beim Ausscheiden eines Gesellschafters, aber auch ein Abwachsungsrecht beim Eintritt eines neuen Gesellschafters. — Bei der Begründung eines gemeinschaftlichen Vermögens müssen die Erwerbsformen des gemeinsamen Eigenthums beobachtet werden: es genügt also unter Umständen ein formloser Vertrag. Schwierigkeit entsteht beim Erwerb unbeweglicher Sachen. § 48 des Entwurfs einer neuen Grundbuchordnung kennt zwei verschiedene Formen der Eintragung eines gemeinsamen Eigenthums: entweder werden die Antheile der Berechtigten in Bruchtheilen angegeben, oder es wird das für die Gemeinschaft maßgebende Verhältniß bezeichnet. Diese Angabe ist nicht die der Bruchtheile, sondern die der Maßgabe der Rechtssätze über die Gesellschaft, und diese Art der Eintragung ist bei Eigenthumserwerb durch eine Gesellschaft anzuwenden. Dann bedarf es aber auch keiner Eintragung im Grundbuch, wenn ein Gesellschafter ausscheidet. Er verliert schon mit dem bloßen Austritt aus der Gesellschaft sein Eigenthum am gemeinschaftlichen Grundstück. Und ebenso gewinnt ein neuer Gesellschafter auch ohne Eintragung ins Grundbuch das gemeinschaftliche Eigenthum am Grundstücke allein mit dem Eintritt in die Gesellschaft auf Grund der vorhandenen Eintragung.

Hieraus ergiebt sich, daß die Antheile des Gesellschafters nicht rein vermögensrechtlicher Natur sind. Sie sind keine Eigenthumsrechte, sondern Mitgliedsrechte, personenrechtlicher Natur. Diese Personenrechte sind aber gemeinschaftlich eng verbunden. Römischrechtlich haben sie nichts miteinander zu thun, sind ganz selbständig, deutsch stehen sie in einem gemeinsamen persönlichen Verhältniß. Es ist kein individualistisches, sondern ein socialistisches Eigenthum, das Verhältniß ist dem öffentlichen Recht verwandt, die Gemeinnützigkeit wiegt vor.

Was von den Antheilsrechten gilt, gilt von allen Gesellschaftsrechten, auch von den Gesellschaftspflichten. Die sämmtlichen Forderungsrechte aus dem Gesellschaftsvertrage sind keine reinen Vermögensrechte, keine reinen Forderungsrechte, sondern eben Mitgliedsrechte, B.G.B. § 717, § 725 Abs. 2. An Stelle des Privatrechts tritt das Socialrecht. Auch wenn die Gesellschaft aufgelöst ist, bleibt es beim Gesammteigenthum und es wird dieses auch dann noch nicht freies Eigenthum, B G.B. § 730 Abs. 2, also genau wie bei der Handelsgesellschaft.

Das Gesellschaftsvermögen ist aber kein Sondervermögen, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, es stellt keine innere Einheit dem Werthe nach dar. Während das Handelsgesetzbuch Gesellschaftsschulden kennt, Schulden der Gesellschaft, kennt das B.G.B. nur Schulden der Gesellschafter, B.G.B. § 733. Hierunter fallen also auch die Schulden, die mit der Gesellschaft selbst und ihren Zwecken gar nichts zu thun haben. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts kann daher anders als die Handelsgesellschaft auch keinen Konkurs machen. Die Gesellschaft als solche hat keine Schulden. Der Ausdruck „Gesellschaftsvermögen" bedeutet nicht eine selbständige innere Einheit, sondern nur ein Sondergut für die Verwaltung.

2. Gesammthandsverwaltung, nicht Einhandsverwaltung, B.G.B. §§ 709, 714.

a. Die Gesellschaft ist beschlußfähig, B.G.B. § 709. Anders als im römischen Recht ist also eine Ueberstimmung möglich. Dort ist die Zustimmung nur obligatorisch, nicht organisatorisch wirksam. Hier, bei der deutschen Gesellschaft, ist der Einzelne an seine Zustimmung fest gebunden, und zwar nicht nur obligatorisch, sondern er kann überhaupt nicht mehr zurück. Die römische Gesellschaft ist also anarchisch, es gilt die Freiheit des Individuums,

die deutsche ist gebunden, es gilt die Macht der Gesellschaft über den Einzelnen, die Subordination.

b. Die Gesellschaft ist aber nicht handlungsfähig. B.G.B. § 714 berechtigt den Gesellschafter die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft zu vertreten (anders als bei der offenen Handelsgesellschaft), der Gesellschafter handelt nicht im Namen der Organisation, er ist Vertreter aller Gesellschafter. Die Gesellschaft als solche hat keine Organe. Die Verwaltung kann zwar organisirt sein, die Vertretung kann aber nicht organisirt sein. Im Namen der Gesellschaft können also keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, B.G.B. § 427 findet Anwendung.

Die Gesellschaft kann auch nicht im Grundbuch eingetragen werden, einzutragen sind die einzelnen Gesellschafter. Die Gesellschaft ist ferner nicht prozeßfähige Partei, wie die offene Handelsgesellschaft. Bei dieser handelt der Gesellschafter als gesetzlicher Vertreter, d. h. er handelt in fremder Person, durch ihn handelt der Vertretene, wie er auch die fremden Pflichten für den Vertretenen erfüllen muß. Bei der bürgerlichen Gesellschaft handelt der Gesellschafter als gewillkürter Vertreter, d. h. er handelt in fremdem Namen, durch ihn handeln die Gesellschafter. Deshalb ist die Gesellschaft weder prozeßfähig noch parteifähig.

Alle diese Rechtssätze sind aber nun lediglich dispositiver Natur. Sie können durch Parteiwillen, der auch durch concludente Handlung zu Tage treten kann, geändert werden, B.G.B. § 705. Der Vertrag kann die gesetzlichen Wirkungen abschwächen — es kann auch künftig stille Gesellschaften geben, bei denen das Vermögen nur dem einen Gesellschafter gehört, — er kann aber auch die Wirkungen steigern, wie dies häufig bei Vereinen der Fall sein wird.

Landrichter Dr. Lobe in Leipzig.

B. Besprechungen.

1. **Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich.** Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97 von Dr. Hachenburg, Rechtsanwalt in Mannheim. Lieferung 1—3. Mannheim 1897. Bensheimers Verlag (je 80 Seiten).

2. **Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich** von Förtsch, Reichsgerichtsrath. Berlin 1897. Liebmanns Verlag. (369 Seiten.)

3. **Allgemeiner Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.** (B.G.B. I. Buch §§ 1—240). I. Heft (§§ 1—143) von Dr. W. Scherer, Rechtsanwalt am Reichsgericht. Erlangen 1897. Verlag von Palm & Enke. (288 Seiten.)

Die überaus zahlreichen Bearbeitungen des gesammten neuen bürgerlichen Rechts — von Einzeldarstellungen aus diesem wird hier abgesehen — lassen sich in drei Kategorien eintheilen, nämlich in 1) die Kommentare, die ersten Erscheinungen auf dem neuen Rechtsgebiete, 2) die Lehrbücher, bestimmt einerseits für die Studirenden, andererseits für die Praktiker, und 3) die Vergleichungen des neuen mit dem geltenden Civilrecht. Von den angeführten Werken gehört jedes einer anderen Kategorie an.

Es ist erklärlich, daß die Lehrzwecken dienenden Darstellungen für Praktiker und Studirende zu unterscheiden sind. Rechtsanwalt Dr. Hachenburg will dem ersteren dienen und hat zu seinen Rechtsentwickelungen die Form des Vortrags gewählt. Die bisher im Druck erschienenen Vorträge umfassen 1) allgemeine Rechtsbegriffe, 2) Bedeutung von Leben und Tod im Recht, 3) den Einfluß des Alters, Geschlechts, Berufs und der Staatsangehörigkeit, 4) das Vereinsrecht und 5) das Hypotheken- und Grundschuldwesen. Die Rechtsentwicklungen

zeichnen sich ebenso durch Klarheit wie durch juristische Schärfe aus, der Stil ist fließend und anregend. Die aufgestellten Rechtssätze werden durch die Gesetzstellen belegt und das Verständniß für das Neue wird durch Heranziehung des Alten erleichtert. Die Anordnung des Stoffes ist diejenige des Gesetzes.

In umgekehrter Weise gewissermaßen sucht Reichsgerichtsrath Förtsch in das neue Recht einzuführen. Sein ausschließlich für das französische Rechtsgebiet bestimmtes Werk führt dem Praktiker den Code civil vor und fügt die Sätze des B.G.B.'s von Bestimmung zu Bestimmung ein. In dieser Weise ergiebt sich ein übersichtliches und klares Bild dessen, was nach 1900 vom Code civil noch Rechtens bleibt. Rechtsstoffe des B.G.B.'s, die dem Code civil vollkommen fremd sind, haben überhaupt keine Berücksichtigung gefunden; es sind dieses allerdings nur sehr wenige. Gleiche Bearbeitungen sind von Oberlandesgerichtsrath Dr. von Buchka für das gemeine und vom vortragenden Rathe Dr. Leske für das preußische Recht veröffentlicht.

Unter den zahlreichen Kommentaren zum B.G.B. ist der Scherersche einer der jüngsten, dafür überbietet er die meisten an Gründlichkeit und Brauchbarkeit. Zur möglichsten Ersparung des Zurückgreifens auf die immerhin nur in beschränkten Fällen zugänglichen Gesetzmaterialien ist der Wortlaut des I. Entwurfs neben demjenigen des Gesetzes abgedruckt und der Inhalt der Motive an die Spitze der Bemerkungen gesetzt. Ausführliche Verweisungen auf die gesammten Materialien ermöglichen ein leichtes Nachschlagen, wenn die Auszüge nicht genügen. Durch seine praktische Thätigkeit in den Gebieten des gemeinen, preußischen und des französischen Rechts erscheint Verfasser besonders berufen, das neue Recht mit dem geltenden zu vergleichen; an die Entwicklung des ersteren schließen sich denn auch in den Anmerkungen Verweisungen auf die bisherigen Abweichungen in genannten Rechtsgebieten. Bei Rechtssätzen, die aus dem jetzigen Rechte in das B.G.B. übernommen sind, ist die neueste Rechtsprechung des Reichsgerichts und des bayerischen obersten Landesgerichts angeführt.

Der Titel des Schererschen Werkes könnte eine Behandlung eines einzelnen Theiles des B.G.B.'s vermuthen lassen, nach Angabe der Verlagshandlung ist jedoch die wünschenswerth erscheinende Bearbeitung des ganzen B.G.B.'s in Aussicht genommen.

W. Coermann (Bolchen).

Inhaltsverzeichniß.

I. Abhandlungen.

II. Verzeichniß der besprochenen Literatur.

(Der Name des Berichterstatters ist in Klammern beigefügt.)

III. Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten; die geradestehenden Zahlen bedeuten die Entscheidungen, die schrägliegenden die Abhandlungen und Bücherbesprechungen.)

A.

C. (s. auch K.)

D.

F.

G.

H.

T.

U.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

IV. Quellenregister.

A. Reichsrecht.

Digitized by Google

Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877.

Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877. § 11 S. 212.

Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877.
§§ 137, 140, 453, 454, 497 S. 2 S. 606 flg.

Konkursordnung vom 10. Februar 1877.

Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878.

Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879.
§ 3 Z. 2 S. 255[10].
§ 7 Abs. 1 S. 644 flg.

Stempelgesetz vom 29. Mai 1885.
§ 32 S. 590[15].
s. a. unten Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894.

Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889.

Bekanntmachung, betr. die Führung des Genossenschaftsregisters und die Anmeldungen zu demselben vom 11. Juli 1889.
§ 27 S. 450.

Gesetz, betr. die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890.

Patentgesetz vom 7. April 1891.
§ 40 S 27 flg.

Gesetz, betr. den Schutz von Gebrauchsmustern vom 1. Juni 1891.

Handels- und Zollvertrag zwischen dem Deutschen Reiche und Oesterreich-Ungarn vom 6. Dezember 1891. Art. 2, 19 S. 810.

Krankenversicherungsgesetz in der Fassung der Novelle vom 10. April 1892.
§ 26a Abs. 2 Z. 2a, 55, 58, 76a S. 48 flg.

Digitized by Google

C. Landesrecht.

1. Außersächsisches Recht.

2. Sächsisches Recht.

D. Ausländisches Recht.

V. Zusammenstellung
der zum Abdruck gebrachten Entscheidungen

I. des Reichsgerichts.

1. Urtheile.

2. Beschlüsse.

II. Des Oberlandesgerichts Dresden.

1. Urtheile.

2. Beschlüsse.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google